

Projet de loi

portant réforme de l'administration pénitentiaire et

1) modification :

- du Code pénal ;
- du Code d'instruction criminelle ;
- du Code de la sécurité sociale ;
- de la loi du 3 avril 1893 concernant l'approbation de la fondation Theisen à Givenich ;
- de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie ;
- de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ;
- de la loi modifiée du 17 avril 1998 portant création d'un établissement public dénommé « centre hospitalier neuropsychiatrique » ;
- de la loi modifiée du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la société nationale des chemins de fer luxembourgeois ;
- de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la police et l'inspection générale de la police ;
- de la loi du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux ;
- de la loi modifiée du 25 mars 2015 instituant un régime de pension spécial transitoire pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des Chemins de fer luxembourgeois, ainsi que

2) abrogation :

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

Avis du Conseil d'État

(17 mars 2017)

Par dépêche du 26 septembre 2016, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière et des textes coordonnés.

Les avis du Collège médical et de la Chambre de commerce ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 3 octobre et 5 décembre 2016.

Par des dépêches respectives des 13 janvier et 28 janvier 2017 les avis des autorités judiciaires, à savoir, de la présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg et de la déléguée du procureur général d'État, ainsi que l'avis de la Cour supérieure de Justice ont été communiqués au Conseil d'État. À l'avis de la déléguée du procureur général d'État ont été joints l'avis commun des directeurs des centres pénitentiaires de Givenich et de Luxembourg et l'avis de l'Association des agents pénitentiaires.

L'avis de la Médiateure, dans sa fonction de contrôleur externe des lieux privatifs de liberté, de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, de la Commission consultative des droits de l'homme ainsi que des Ordres des avocats de Luxembourg et de Diekirch ont été demandés, mais ne sont pas encore parvenus au Conseil d'État à la date d'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen s'inscrit dans la suite du projet de loi n° 6382 portant réforme de l'administration pénitentiaire et 1) modification du Code pénal, du Code d'instruction criminelle, de la loi du 3 avril 1893 concernant l'approbation de la fondation Theisen à Givenich, de la loi modifiée du 23 juillet 1952 concernant l'organisation militaire, de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police et de la loi du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux, 2) abrogation : de certaines dispositions du Code de Sécurité sociale ; des articles 11, 12 et 15 de la loi du 21 mai 1964 portant 1. réorganisation des établissements pénitentiaires et des maisons d'éducation ; 2. création d'un service de défense sociale, et de la loi du 4 avril 1978 ayant pour but d'habiliter le personnel du service de garde des établissements pénitentiaires à exercer certaines attributions de la police générale, qui avait été déposé le 4 janvier 2012 et qui avait fait l'objet d'un avis du Conseil d'État le 13 juillet 2012. Ce projet de loi a été retiré du rôle des affaires par arrêté grand-ducal du 29 septembre 2016.

Les auteurs du projet de loi sous examen expliquent que « au vu des avis qui ont été rendus sur ce projet de loi et [du] grand nombre d'amendements gouvernementaux qui en auraient découlé, il est proposé de remplacer le projet de loi n° 6382 par le projet de loi sous examen et de retirer ce dernier pour éviter de rendre les travaux inutilement compliqués en raison d'une illisibilité des textes ».

Le projet de loi sous examen peut effectivement s'analyser comme des amendements au projet de loi n° 6382. Il reprend nombre des dispositions

proposées en 2012. Les modifications par rapport au texte de 2012 répondent aux critiques émises à l'époque dans différents avis, en particulier celui du Conseil d'État. Sur d'autres points, les interrogations du Conseil d'État formulées en 2012 n'ont pas trouvé de réponse, ni dans le texte de la loi en projet ni au niveau des explications fournies dans le commentaire.

Le projet de loi sous examen doit être analysé en relation avec le projet de loi n° 7041 portant réforme de l'exécution des peines [...] qui, à son tour, constitue une version modifiée du projet de loi n° 6381, déposé le 4 janvier 2012 et avisé par le Conseil d'État le 13 juillet 2012.

Le Conseil d'État a noté que le projet de loi sous avis renvoie, à certains endroits, aux nouvelles dispositions que le projet de loi n° 7041 entend insérer dans le Code d'instruction criminelle. Ce renvoi n'est admissible que dans l'hypothèse où le projet de loi n° 7041 entre en vigueur sinon avant, du moins concomitamment, avec le projet de loi sous examen. Le Conseil d'État voudrait encore rappeler qu'il a proposé, dans son avis de ce jour sur le projet de loi n° 7041, de transférer certaines dispositions que ce dernier projet entend inclure dans le Code d'instruction criminelle dans le projet de loi sous examen.

Si le nouveau projet de loi n° 7041 portant réforme de l'exécution des peines vise, contrairement au projet antérieur n° 6381, à maintenir certaines compétences en matière d'exécution des peines entre les mains du procureur général d'État, le projet de loi sous examen, dans la ligne du projet de loi antérieur n° 6382, vise à décharger le procureur général d'État de ses attributions en matière d'administration pénitentiaire.

Le projet de loi sous avis ne comporte pas moins de soixante-neuf articles, contre cinquante-cinq articles pour le projet de loi n° 6382. Tout comme le projet antérieur, le texte sous examen se caractérise, par endroits, davantage par un style littéraire que par une technicité juridique.

Dans son avis de ce jour sur le projet de loi n° 7041 portant réforme de l'exécution des peines, le Conseil d'État a proposé d'inscrire dans le présent projet de loi sous examen les dispositions sur les recours en matière disciplinaire, étant donné qu'elles n'ont pas leur place dans le Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'État renvoie à ses considérations dans l'avis en cause.

Examen des articles

Intitulé

Le Conseil d'État relève que les auteurs du projet de loi sous examen ont suivi les suggestions émises dans l'avis du 13 juillet 2012.

Chapitre 1^{er} – Dispositions générales

Article 1^{er}

L'article sous examen reproduit l'article 1^{er} du projet de loi n° 6382. Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait relevé ce qui suit :

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

Le Conseil d'État se doit de maintenir ces observations.

Article 2

L'article sous examen reproduit les définitions figurant à l'article 2 du projet de loi n° 6382. Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait relevé ce qui suit :

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

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

Il est vrai que deux définitions sont ajoutées sous les points f) et g). Il n'en reste pas moins qu'il suffit de définir, si besoin, ces concepts dans les articles pertinents.

Chapitre 2 – De l'administration pénitentiaire

Article 3

Le Conseil d'État note que l'article sous examen, contrairement à l'article 3 du projet de loi n° 6382, vise, au paragraphe 1^{er}, le ministre ayant la Justice dans ses attributions. Le Conseil d'État rappelle aux auteurs que l'arrêté grand-ducal du 27 juillet 2009 portant constitution des Ministères vise expressément, comme attribution ministérielle, l'« administration pénitentiaire ». Il propose dès lors d'omettre cette précision en ce qu'elle est, d'une part, superflue et qu'il est, d'autre part, au moins en théorie, toujours possible que cette compétence soit à l'avenir attribuée à un autre ministre.

Les paragraphes 2 à 5 reprennent, avec certaines modifications visant à répondre aux critiques émises par le Conseil d'État dans son avis du 13 juillet 2012, les dispositions de l'article 4 du projet de loi n° 6382. Le Conseil d'État reprend certaines interrogations formulées en 2012.

En ce qui concerne le paragraphe 2, quelles sont les mesures privatives de liberté envisagées à côté des peines ? S'agit-il du régime de la détention préventive ? Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'État comprend que le terme « détenus » vise les personnes objet d'une détention préventive.

Le paragraphe 3 reprend l'article 4, paragraphe 2, du projet de loi n° 6382. Le Conseil d'État maintient les observations faites dans son avis du 13 juillet 2012, où il avait considéré que ce texte « est l'expression d'une position philosophique à laquelle le Conseil d'État peut parfaitement souscrire. La première phrase énonce des principes relevant du droit constitutionnel ou du droit international qu'il n'est pas d'usage de répéter dans les textes de loi. [...] La deuxième phrase se borne à énoncer un objectif et est dépourvue de toute valeur normative ». Le Conseil d'État insiste dès lors à voir omettre ce texte.

En ce qui concerne le paragraphe 4, il réitère l'observation que le Conseil d'État avait faite dans son avis concernant le projet de loi n° 6382 suivant laquelle la disposition relative au plan volontaire d'insertion (anciennement contrat d'intégration) est à reléguer à l'article qui traite de cette question.

Pour ce qui est du paragraphe 5, le Conseil d'État renvoie encore à ses observations faites dans son avis du 13 juillet 2012 qui avaient la teneur suivante :

« La question du traitement des données n'est que le corollaire de l'accès à certaines données qu'obtient l'administration pénitentiaire. Concrètement se posent deux questions : D'abord, dans quelle mesure l'administration peut-elle solliciter la délivrance d'extraits du casier judiciaire pour les détenus, qu'il s'agisse de personnes condamnées ou non encore condamnées ? Ensuite, peut-elle obtenir copie des décisions de condamnation, voire un accès à certaines pièces du dossier pénal ? Le Conseil d'État considère que, pour des motifs tenant à la gestion et à la sauvegarde de la sécurité dans les établissements pénitentiaires, l'administration doit pouvoir accéder au casier judiciaire pour tous les détenus ».

La loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire et aux échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, telle que modifiée par la loi du 23 juillet 2016, ne prévoit pas un accès de l'administration pénitentiaire au casier judiciaire.

Plus délicate encore est la question de l'accès au dossier pénal du condamné. La communication de certaines données peut se justifier par les nécessités du traitement « pénitentiaire ». Le Conseil d'État pourrait concevoir un système dans lequel l'administration pénitentiaire sollicite, à ces fins, une copie de la décision de condamnation, voire de certaines pièces du dossier pénal ».

Articles 4 à 6

Comme dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État propose de grouper toutes les dispositions concernant la direction dans un article unique qui prévoit la structure de la direction et ses missions.

Le Conseil d'État rappelle encore que l'article 4 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État prévoit que « (...) [l]e programme de travail et l'organigramme de l'administration sont établis par le chef d'administration et soumis à l'approbation du ministre du ressort ».

L'article 4 reprend les dispositions de l'article 6 du projet de loi n° 6382. Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État s'était interrogé sur l'articulation de la direction en quatre, actuellement cinq, entités qui n'apparaissaient plus dans la suite du projet de loi et ne concordaient pas avec les attributions reconnues au directeur. Il note que l'institut de formation constitue, dans le projet sous examen, un département de la direction de l'administration pénitentiaire. Il relève une certaine confusion au niveau de la structure en ce sens que le directeur assure la direction de l'administration pénitentiaire, ce qui est parfaitement logique, mais que la direction ne constitue qu'un des cinq départements de l'administration.

L'article 5 reprend l'article 5 du projet de loi n° 6382. Pour le paragraphe 3, qui est nouveau par rapport au texte de 2012, le Conseil d'État renvoie à l'article 4 du statut général des fonctionnaires.

L'article 6 reproduit, avec certaines modifications, l'article 7 du projet de loi n° 6382. Le Conseil d'État marque son accord avec la clarification des compétences pour déterminer et pour appliquer la politique pénitentiaire.

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

Se pose encore la question de l'articulation de la structure de l'administration visée à l'article 4 avec les attributions du directeur visées à l'article 6. D'un côté, le directeur assure la direction de l'ensemble de l'administration comprenant les différents centres pénitentiaires ce qui en fait un directeur d'une administration au sens traditionnel du terme. D'un autre côté, il est appelé à coordonner ces centres en matière administrative et à assurer leur inspection et surveillance, ce qui le fait apparaître comme une autorité externe ou, à tout le moins, non impliquée directement dans l'administration. Le Conseil d'État demande avec insistance que les compétences soient clarifiées.

Article 7

L'article 7 reprend les dispositions de l'article 9 du projet de loi n° 6382 sur la répartition des détenus entre les différents centres pénitentiaires,

Luxembourg, Givenich et Uerschthaff¹. Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État s'était demandé s'il suffit de distinguer ces centres par leur situation géographique ou s'il ne faudrait pas préciser, dans la loi, la différence de régime qui les caractérise. Il est vrai que pour Givenich, il est précisé qu'il s'agit d'un centre semi-ouvert. Le régime de la semi-liberté est déterminé dans la loi en projet sur l'exécution des peines².

Le Conseil d'État maintient également son observation quant au « caractère très large des dérogations à l'affectation « normale » des détenus et le caractère vague des critères ». En ce qui concerne l'autorité appelée à prendre une décision dérogatoire à la règle générale, le texte sous examen renvoie à l'article 19 relatif aux transfèrements. Le Conseil d'État rappelle également sa critique quant au point c) qui prévoit une dérogation « dans l'intérêt de la manifestation de la vérité dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction préparatoire en cours ». Or, ces décisions relèvent des autorités judiciaires et non pas des autorités administratives. Les dérogations visées au point c) ne sauraient d'ailleurs concerner que les prévenus et les condamnés qui sont en même temps des prévenus dans une autre affaire. Le Conseil d'État relève à cet égard que l'article 7 s'applique, en vertu de la première phrase du paragraphe 1^{er}, tant aux condamnés qu'aux prévenus. L'incertitude relative aux compétences des autorités judiciaires et à celles des autorités administratives, concernant la prise de la décision visée à l'article 7, paragraphe 1^{er}, point c), est source d'insécurité juridique. Le Conseil d'État exige ainsi, sous peine d'opposition formelle, que la dérogation prévue au point c) soit omise.

Article 8

L'article 8 reprend les dispositions de l'article 11 du projet de loi n° 6382 sur l'institut de formation. Le Conseil d'État rappelle les réserves qu'il avait exprimées par rapport à cet institut dans son avis du 13 juillet 2012. Certes, la loi en projet ajoute la précision que l'institut sera dirigé par un chargé de direction. Il n'en reste pas moins qu'elle omet de donner la moindre indication sur l'organisation, les attributions et modalités de fonctionnement de cet institut. Le Conseil d'État rappelle sa suggestion de confier la formation à l'Institut national d'administration publique institué par la loi du 15 juin 1999.

Article 9

L'article 9 reprend, avec certaines modifications, le dispositif de l'article 12, paragraphe 1^{er}, du projet de loi n° 6382 sur l'exécution de prestations par des personnes de droit privé. Répondant aux observations émises par le Conseil d'État en 2012, le texte proposé évite une formulation qui met l'accent sur une dévolution de compétences par voie de contrat. Continue toutefois à se poser la question de la nature et de la portée des prestations. Le terme de « prestations » est d'ailleurs inapproprié, étant donné que les centres pénitentiaires ne prestent pas des services aux détenus ni au grand public, mais que ce sont les entités de droit privé qui livrent des biens ou services, sur une base contractuelle, à l'État. Le Conseil d'État réitère la considération, déjà émise en 2012, que le texte actuel de l'article 11, alinéa 3, de la loi du 27 juillet 1997 portant réorganisation de

¹ Loi du 24 juillet 2014 relative à la construction du centre pénitentiaire d'Uerschthaff.

² Articles 680 à 682 du projet de loi n° 7041.

l'administration pénitentiaire³ est plus précis et plus approprié en ce qu'il circonscrit l'objet des prestations, d'autant plus que l'article sous examen omet désormais le paragraphe 2 de l'article 11 dans le projet de loi n° 6382 qui excluait de l'objet des contrats tous les actes relevant de la puissance publique. Le Conseil d'État met en garde contre des textes qui pourraient être lus comme autorisant des contrats avec des sociétés privées de gardiennage ou de surveillance.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait formulé une opposition formelle, en relation avec la portée des contrats et la dévolution de compétences, au motif que les missions d'une administration pénitentiaire sont en effet susceptibles d'être rattachées à l'article 97 de la Constitution et que l'organisation de ces missions requiert un cadre légal. Au regard du commentaire afférent à l'article sous avis, le Conseil d'État comprend que les auteurs entendent exclure la surveillance des établissements pénitentiaires des contrats dont il est question. Comme le dispositif de l'article 9 n'est toutefois pas aussi clair, le Conseil d'État demande avec insistance que la surveillance des établissements pénitentiaires soit expressément écartée de l'objet des contrats visés.

Article 10

L'article 10 reprend, avec certaines modifications, aux paragraphes 1^{er} et 2, le dispositif de l'article 13 du projet de loi n° 6382.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait relevé qu'il s'agissait d'un des nombreux articles qui visent les fonctions de direction. Il avait proposé de regrouper l'ensemble de ces dispositions dans un article unique.

Le Conseil d'État avait encore relevé l'importance que le projet de loi n° 6382 attache aux différentes fonctions de direction en comparaison avec la question de la structure globale de l'administration. Le point important de l'articulation des compétences entre la direction générale et les directions des différents établissements n'est abordé nulle part, alors que, à l'instar d'autres lois organiques, est précisée l'évidence que le directeur d'un établissement a sous ses ordres le personnel de cet établissement. Le Conseil d'État note encore un flottement dans la terminologie alors que l'article 6 vise les centres pénitentiaires et que l'article 13 retient le concept d'établissement pénitentiaire. Dans une loi organisant une nouvelle administration, une cohérence dans la structure organique et dans la terminologie serait souhaitable.

Article 11

L'article sous examen définit, en son paragraphe 1^{er}, le cadre du personnel de la direction et de l'administration pénitentiaire et des centres pénitentiaires.

Le paragraphe 1^{er} ne soulève pas d'observation.

³Article 11, alinéa 3, de la loi du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire : « En cas de besoin, l'administration pénitentiaire peut faire appel, par voie de contrat à conclure entre le ministre de la Justice et les personnes intéressées, au concours de médecins, d'éducateurs spécialisés, de techniciens spécialisés et de chargés de cours; les contrats fixent la nature, l'étendue et les modalités des prestations à fournir, la durée des relations contractuelles ainsi que les rémunérations à attribuer du chef de ces prestations ».

Le paragraphe 2 reprend le dispositif de l'article 16 du projet de loi n° 6382. Il n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Le paragraphe 3 reprend le dispositif de l'article 15, paragraphe 2, du projet de loi n° 6382. Il n'appelle pas de commentaire de la part du Conseil d'État.

Article 12

L'article sous examen reprend le dispositif de l'article 18, deuxième phrase, du projet de loi n° 6382.

Le Conseil d'État note, en premier lieu, la formulation inhabituelle, par rapport au droit commun de la fonction publique, qui se réfère aux agents de l'État « nommés, affectés, détachés ou placés » à l'administration pénitentiaire, ce qui permet la conclusion qu'il y aura une pluralité de statuts.

En vertu du statut général des fonctionnaires de l'État, le fonctionnaire est nommé par l'autorité investie du pouvoir de nomination qui l'affecte ensuite « dans une administration ou un service déterminé, avec indication de la fonction dont il est investi ». Par détachement, au sens de l'article 7 du statut, on entend l'assignation au fonctionnaire d'un autre emploi correspondant à sa catégorie et à son grade dans une autre administration, dans un établissement public ou auprès d'un organisme international. Le détachement est limité à deux ans et peut être renouvelé. Le fonctionnaire concerné relèvera « de l'autorité hiérarchique de l'administration, respectivement de l'établissement ou de l'organisme auquel il est détaché ». La notion de placement ne figure pas dans le statut, du moins pas dans le sens que semblent lui donner les auteurs du projet de loi⁴. Dans le cadre de la procédure d'amélioration des performances professionnelles ou d'une action disciplinaire à son encontre, le fonctionnaire concerné peut être déplacé.

Le Conseil d'État se demande encore ce qu'il faut comprendre par « agent de l'État ».

Le Conseil d'État recommande aux auteurs du projet de loi de renoncer à l'utilisation de la notion d'« agent de l'État placé » et de s'en tenir à la terminologie consacrée par le statut général des fonctionnaires de l'État. Le texte sous revue se référera dès lors aux fonctionnaires de l'État affectés ou détachés à l'administration pénitentiaire.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État s'était interrogé sur la prime prévue pour les agents de l'administration pénitentiaire qui n'existe pas dans des lois organisant d'autres administrations. Il comprend que cette prime bénéficiera à l'ensemble du personnel, en ce compris les agents qui, accomplissant des tâches purement administratives, même à l'extérieur de l'enceinte de l'établissement pénitentiaire, ne sont pas en contact avec les détenus. Le Conseil d'État considère que ce régime spécial requiert une justification particulière au regard du principe de l'égalité devant la loi,

⁴ Le statut prévoit en son article 9 que le fonctionnaire « est tenu de veiller à ce que les fonctionnaires « placés sous ses ordres » accomplissent les devoirs qui leur incombent.

alors que d'autres agents de l'État effectuant des tâches similaires auprès d'autres administrations n'ont pas droit à une telle prime. Dans l'attente d'arguments répondant aux critères élaborés par la Cour constitutionnelle, à savoir que la différence de traitement alléguée procède de disparités objectives, qu'elle est objectivement justifiée, adéquate et proportionnée à son but, le Conseil d'État réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel. Il renvoie à cet égard à son avis du 19 décembre 2014 concernant le projet de loi n° 6675 portant réorganisation du service de renseignement de l'État ainsi qu'à son avis complémentaire du 22 juin 2015 concernant les amendements gouvernementaux du 18 mars 2015 concernant ce même projet de loi.

Article 13

L'article sous examen porte sur le détachement des agents pénitentiaires. Le texte soulève trois questions.

La première question a trait à la détermination du concept d'agent pénitentiaire. L'article 12 fait référence aux agents de l'État nommés à l'administration pénitentiaire. À d'autres endroits de la loi en projet est utilisé le terme de personnel de l'administration pénitentiaire. Le Conseil d'État rappelle qu'il est impératif de clarifier les concepts d'agent pénitentiaire et de membre du personnel et de préciser les différences éventuelles au niveau du statut et des compétences. La notion d'« agent pénitentiaire » est source de confusion, vu que cette même notion est utilisée par la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État pour désigner, de façon limitée, la fonction correspondant au niveau général de la catégorie de traitement D, groupe de traitement D1, sous-groupe à attributions particulières (ancienne carrière du sous-officier des établissements pénitentiaires).

La deuxième question concerne le régime du détachement définitif. L'article 7 du statut général est-il applicable sous réserve de la limitation de la durée du détachement à deux ans? Ou le détachement obéit-il à un régime spécial, et dans l'affirmative, lequel ?

Le Conseil d'État s'interroge enfin sur la nécessité d'un mécanisme particulier de détachement. Les régimes de détachement temporaire et de changement d'administration, prévus au statut général des fonctionnaires de l'État, s'appliquent également dans l'administration pénitentiaire. Outre le fait qu'un détachement à titre définitif ne constitue plus un véritable détachement, se pose la question de la justification de ce régime particulier en relation avec le respect de l'égalité de traitement avec les fonctionnaires relevant d'autres administrations. Les auteurs reprennent le régime figurant à l'article 15 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire. Ils indiquent, comme motif, le maintien du groupe de traitement et de grade des membres du personnel qui veulent quitter l'administration pénitentiaire. Ils reprennent, presque mot pour mot, la motivation avancée à l'appui de la loi de 1997. Le Conseil d'État renvoie à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière d'égalité de traitement intervenue depuis 1997 qui soumet les différences de régime juridique de catégories de personnes se trouvant dans une situation comparable à un examen strict en termes de nécessité, d'adéquation et de

proportionnalité. Il relève encore que la loi du 25 mars 2015 modifiant la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État a omis de consacrer un régime particulier du détachement définitif.

Les incertitudes relatives à la détermination de la notion d'agent pénitentiaire et au régime du détachement définitif et les critiques sérieuses quant à la justification du régime particulier sont source d'insécurité juridique et le Conseil d'État doit émettre une opposition formelle.

Si le régime n'est pas maintenu, il faudra régler la situation des détachements déjà intervenus par le biais de mesures transitoires.

Article 14

L'article sous rubrique, qui est nouveau par rapport au projet de loi n° 6382, porte sur la délégation d'attributions par le directeur de l'administration pénitentiaire ou par le directeur d'un centre pénitentiaire à un fonctionnaire. Le Conseil d'État s'interroge encore sur la nécessité de cette disposition par rapport aux règles générales régissant le statut des fonctionnaires. En vertu de l'article 5, l'adjoint remplace, en cas de besoin, le directeur, de sorte qu'il n'a pas besoin d'une délégation spécifique. En quoi une telle délégation spécifique pourrait-elle d'ailleurs consister ?

Article 15

L'article 15 reprend le texte de l'article 19 du projet de loi n° 6382. Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait relevé ce qui suit :

« Le paragraphe 1^{er} aborde la question des enseignements dispensés aux détenus [...] sous l'optique administrative du personnel nécessaire à cet effet. Le principe de l'enseignement, les conditions et modalités doivent être fixés dans le chapitre sur les détenus. Le statut des enseignants est une question accessoire. Le Conseil d'État estime que le paragraphe 1^{er} est superflu et qu'il est à omettre. Le détachement est en effet réglé par le statut général des fonctionnaires de l'État. Le Conseil d'État note encore que le détachement n'est pas qualifié de définitif ni assorti d'un délai spécial, ce qui permet la conclusion qu'il répond au régime de droit commun.

Le paragraphe 2 concerne la question différente de la responsabilité du système informatique. Cette question est encore abordée sous l'aspect, cette fois non pas d'un détachement, mais d'un « placement » d'agents du Centre des technologies de l'information de l'État. »

Le Conseil d'État donne à considérer que la disposition prévue est superflue au regard de l'article 9, paragraphe 3⁵ de la loi modifiée du 20 avril 2009 portant création du Centre des technologies de l'information de l'État. Il propose de l'omettre.

Le Conseil d'État note que le statut général des fonctionnaires de l'État ne connaît pas davantage la notion de fonctionnaire délégué auprès

⁵ Article 9, paragraphe 3, de la loi modifiée du 20 avril 2009 portant création du Centres des technologies de l'information de l'État : « Les agents du centre peuvent être placés auprès d'un département ministériel ou d'une administration de l'État par une décision conjointe du ministre et du ministre du ressort. Dans ce cas, et pendant toute la durée de leur placement, ils continuent de relever de l'autorité hiérarchique du directeur du centre ».

d'une autre administration qui figure dans le dispositif de l'article 19 de la loi modifiée du 27 juillet 1997, précitée, de sorte que le maintien du concept de la délégation ne constitue pas davantage une solution valable.

Article 16

L'article 16 reprend, avec certaines modifications, le dispositif de l'article 20 du projet de loi n° 6382. Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait relevé la pluralité et l'absence d'articulation nette des textes qui traitent des problèmes de formation. Cette observation s'impose encore pour le projet de loi sous examen. L'article 4 prévoit la création d'un institut de formation. L'article 8 détermine, dans des termes très généraux, ses missions. L'article sous rubrique porte sur les missions du conseil de formation, sans préciser l'articulation organique de ce conseil avec l'institut, son chargé de direction ou la direction de l'administration pénitentiaire. Il fixe la composition de ce conseil et renvoie à un règlement grand-ducal pour son fonctionnement. Le Conseil d'État note, comme en 2012, l'importance attachée par les auteurs du texte aux structures de formation, alors que le projet de loi reste très discret sur une série d'autres problèmes relatifs à la gestion et au fonctionnement des établissements pénitentiaires. Il rappelle ses réserves par rapport à cette démarche, alors que l'objectif principal de l'administration pénitentiaire et des centres pénitentiaires n'est pas de nature pédagogique ou de formation professionnelle. Il met encore en garde contre la création de structures complexes et dont l'efficacité est loin d'être assurée.

Chapitre 3 – Des relations entre l'administration pénitentiaire et les autorités judiciaires

Article 17

L'article 17 reprend, avec certaines modifications, le dispositif de l'article 22 du projet de loi n° 6382. Le Conseil d'État note que le titre du comité a changé, en ce qu'il porte désormais le titre de Comité de concertation, tout en restant chargé d'une mission de coordination. Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État s'était interrogé sur les missions concrètes de ce comité et notamment sur la portée des mots « coordination de toutes les questions d'ordre individuel ou général » relative aux missions de l'administration pénitentiaire. Il se doit de maintenir ces interrogations dans l'avis relatif au projet de loi sous examen.

Le Conseil d'État rappelle la nécessité de prévoir une base légale pour l'octroi éventuel d'indemnités aux membres de ce comité.

Article 18

L'article sous examen détermine les informations relatives aux détenus que l'administration pénitentiaire peut recevoir de la part des autorités judiciaires. Les précisions apportées au texte sont destinées à répondre aux critiques à la base de l'opposition formelle émise par le Conseil d'État dans son avis du 13 juillet 2012 à l'endroit de l'article 26.

Chapitre 4 – Des transfèrements et des extractions

Article 19

L'article 19 reprend, avec certains aménagements, le dispositif de l'article 23 du projet de loi n° 6382.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait relevé que :

« [L]e transfèrement entre établissements pénitentiaires, visé au paragraphe 1^{er}, est en réalité une question administrative. La difficulté provient du fait qu'elle peut être ressentie par le condamné comme une sanction et que les auteurs la conçoivent également comme telle, d'où le renvoi aux recours en matière disciplinaire ».

Le Conseil d'État note que, suite aux observations qu'il avait émises dans son avis du 13 juillet 2012, cet acte peut désormais faire l'objet d'un recours. Il y marque dès lors son accord.

En 2012, le Conseil d'État avait relevé que « [l]e transfèrement, au sens du paragraphe 2, renvoie au régime d'exécution des peines. La mesure est à exécuter par l'administration comme toute autre mesure, sans qu'il faille la régler dans la loi sous projet. Si le condamné obtient un régime de semi-liberté, exécuté au centre semi-ouvert de Givenich, l'octroi de ce régime implique évidemment un transfèrement.

Le paragraphe 2 est à omettre. » Le Conseil d'État réitère cette observation concernant le paragraphe 2 sous avis et renvoie aux articles 674 et 680 que le projet de loi portant réforme de l'exécution des peines n° 7041, vise à insérer dans le Code d'instruction criminelle.

En ce qui concerne le paragraphe 3, le Conseil d'État avait noté que le transfèrement des prévenus ne relève ni de l'exécution des peines ni de l'administration pénitentiaire dans le cadre de l'exécution des peines et que la décision incombe au seul magistrat compétent. Il constate que le texte sous examen omet la consultation des directeurs des établissements pénitentiaires. Il marque son accord avec la teneur du texte, quitte à continuer à considérer que le paragraphe est superflu.

Article 20

L'article 20 reprend l'objectif de l'article 24 du projet de loi n° 6382. Il vise l'hypothèse du transfèrement de détenus entre un établissement pénitentiaire et un hôpital. Ce texte n'appelle pas d'observation particulière de la part du Conseil d'État.

Chapitre 5 – Des détenus

Article 21

Cet article du projet de loi sous examen reprend les dispositions principales de l'article 28 du projet de loi n° 6382.

Le paragraphe 1^{er} investit l'administration pénitentiaire de la mission d'assurer le suivi psycho-social et l'encadrement socio-éducatif des détenus.

Cette mission, qui n'était pas clairement relevée dans le projet de loi n° 6382, s'ajoute aux missions indiquées à l'article 3. Le Conseil d'État s'interroge sur la justification et la portée de cette mission par rapport à des détenus en détention préventive qui bénéficient de la présomption d'innocence et qui peuvent être remis en liberté à tout moment. Il relève encore que cette mission implique, en vertu du paragraphe 3, l'intervention du service central d'assistance sociale dépendant, non pas de l'administration pénitentiaire, mais du procureur général d'État. Le Conseil d'État insiste pour que l'application du paragraphe 1^{er} soit réservée aux seuls condamnés.

Les paragraphes 2 et 3 portent sur le plan volontaire d'insertion. Ce terme remplace celui de contrat volontaire d'intégration qui a figuré dans le projet de loi n° 6382 et qui avait été critiqué par le Conseil d'État. Le texte sous examen utilise encore le concept correct de condamné, au lieu de celui de détenu. Les paragraphes 2 et 3 reprennent, avec plus de précision, le dispositif prévu à l'article 28 du projet de loi n° 6382.

Le Conseil d'État note que la question fondamentale du rapport entre ce plan, qui est proposé au condamné, et les modalités d'exécution des peines, question qu'il avait soulevée en 2012, n'est toujours pas réglée. L'élaboration du plan volontaire relève de la seule administration pénitentiaire alors que l'exécution des peines constitue une prérogative des autorités judiciaires, procureur général d'État ou chambre d'exécution des peines. Or, il est évident, même pour un non-spécialiste, que l'octroi de mesures d'aménagement des peines ne saurait se concevoir sans tenir compte du traitement pénitentiaire et vice-versa. Cette disposition met en évidence la nécessité d'organiser une articulation et une coordination de ces mesures.

De même, continue à se poser la question du traitement à réserver aux condamnés qui ont refusé le plan d'insertion qui leur est proposé. Comme le Conseil d'État l'a déjà relevé en 2012, même pour ces détenus, il faut pouvoir appliquer les mesures prévues à l'article 21, paragraphe 3.

Le Conseil d'État s'interroge encore sur la différence de signification entre les termes « psychosocial », « psychologique » ou « socio-éducatif », d'autant plus que ces programmes feront partie d'un même traitement se concrétisant dans le plan volontaire d'insertion et seront assurés très probablement par le même personnel. Le Conseil d'État réitère son observation que les centres pénitentiaires ne constituent pas des instituts de recherche ou d'expérimentation scientifique, mais des lieux d'exécution des peines et de préparation d'une réinsertion sociale.

Le Conseil d'État émet de fortes réserves par rapport au paragraphe 4 qui prévoit l'extension du plan volontaire d'insertion à des aspects personnels autres que les mesures socio-éducatives et psycho-sociales prévues au paragraphe 3. La portée de cette extension, de surcroît subordonnée au commun accord du détenu et de l'administration pénitentiaire, n'est pas claire. L'indication des limites tenant aux capacités du détenu et aux moyens de l'administration pénitentiaire est parfaitement superflue. Elle montre toutefois le caractère aléatoire, voire hypothétique, des mesures susceptibles d'être mises en œuvre.

Le paragraphe 5 prévoit la matérialisation du plan dans un document, adapté en concertation avec le détenu, revenant ainsi à la logique du contrat. Ce paragraphe prévoit encore la révision du plan, tel que documenté, en fonction du déroulement de la détention. Cet énoncé met en lumière le lien qui existe entre l'exécution des peines et le traitement pénitentiaire, ce qui conforte le Conseil d'État dans son interrogation relative à la mission particulière donnée à l'administration pénitentiaire à l'article 21. Le renvoi à une concertation, « le cas échéant » avec le SCAS, relevant du procureur général d'État, et à l'évolution du détenu, lisez du condamné détenu, met une nouvelle fois en lumière la nécessité de clarifier les rapports avec l'exécution des peines.

Article 22

L'article sous rubrique est, d'après les auteurs du projet de loi, destiné à constituer la base légale pour permettre au directeur du centre pénitentiaire d'accorder aux détenus un pécule et des avantages en numéraire afin de les récompenser non seulement du travail fait, mais également pour récompenser les détenus qui font preuve de plus d'engagements et d'efforts que le strict minimum.

Ce texte soulève une série de problèmes. Autant le Conseil d'État comprend la nécessité d'une rémunération du travail exécuté en milieu carcéral, autant il s'interroge sur le régime prévu. Le « pécule » est versé par l'État et non pas par le directeur. Le terme « accorder » est erroné, étant donné que la rémunération constitue la contrepartie du travail accompli et non pas un bénéfice octroyé plus ou moins discrétionnairement par le directeur. La confusion entre la rémunération du travail et une prime dite d'encouragement est également à éviter. Le Conseil d'État émet des réserves sérieuses par rapport à des gratifications pécuniaires accordées aux détenus. Il estime d'ailleurs que cette disposition véhicule un faux message et risque au contraire de s'avérer contre-productive.

Article 23

L'article 23 reprend le dispositif de l'article 29 du projet de loi n° 6382 sur les visites.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait proposé d'affirmer d'abord le droit et les limites, avant de parler des modalités, y compris avec renvoi à un règlement grand-ducal. Il avait encore noté que le champ d'application personnel des « visiteurs » n'est pas autrement défini, « alors que l'article 30, qui sera examiné par la suite, détermine en détail les personnes ayant accès à l'établissement pénitentiaire ». Le Conseil d'État comprend que les visites doivent pouvoir être restreintes pour des raisons de sécurité. En ce qui concerne la sécurité des tiers, le Conseil d'État avait soulevé en 2012 la question de l'interdiction de visites préjudiciables à la famille du condamné ou aux visiteurs eux-mêmes, dans l'hypothèse où ces derniers en auraient pris l'initiative. Se pose la question de la portée du terme de « tiers ».

Le Conseil d'État voudrait ajouter les observations suivantes.

Le paragraphe 1^{er} vise la décision du directeur sur avis du magistrat compétent, c'est-à-dire, selon les stades de la procédure, le juge

d'instruction ou le procureur, voire procureur général d'État, pour les inculpés ou prévenus et le procureur général d'État pour les condamnés. S'agissant d'un simple avis, le directeur doit exécuter la décision prise par le magistrat.

La formulation du paragraphe 3 est particulière. Elle signifie en clair qu'au Centre pénitentiaire de Givenich ne sont pas organisées des visites proprement dites, alors que le régime de semi-liberté implique nécessairement des droits de sortie. Faut-il préciser cette évidence ?

Le Conseil d'État ne saisit pas la réserve de l'article 33, paragraphe 3, point 8), qui prévoit le retrait, à titre de sanction, des activités individuelles et communes. Se pose la question de la nature de l'interdiction prononcée par le directeur et du droit de recours. Quel est l'effet d'une communication au magistrat compétent ? Cette question renvoie à celle du rôle et du pouvoir du magistrat par rapport au directeur. Le Conseil d'État insiste à voir, d'une part, clarifier les compétences des autorités judiciaires et du directeur du centre pénitentiaire, et, d'autre part, à préciser les restrictions visées qui, en tant que sanctions disciplinaires, sont régies par l'article 33, paragraphe 3, point 8), du projet de loi. Ces imprécisions et lacunes sont source d'insécurité juridique et le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte tel que proposé.

Le Conseil d'État relève encore que les paragraphes 4 et 5 visent les sorties et les visites, alors que les paragraphes 1^{er}, 2 et 3 ne portent que sur les visites.

Article 24

L'article 24 reprend le dispositif de l'article 30 du projet de loi n° 6382 sur l'accès aux centres pénitentiaires et la communication avec les détenus. Il distingue entre les professionnels dont l'accès au centre pénitentiaire est libre et les autres « visiteurs » qui ne sont admis que dans les conditions prévues à l'article 23. Le paragraphe 3 renvoie encore à un règlement grand-ducal pour déterminer les modalités d'accès.

Article 25

L'article 25 reprend le dispositif de l'article 31 du projet de loi n°6382 sur la correspondance et l'usage des moyens de télécommunication.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait relevé que « [l']article sous examen (...) maintient la distinction classique entre le courrier postal et les moyens de communication électroniques. La question des communications téléphoniques n'est pas abordée spécifiquement, ce qui laisse penser que les auteurs la considèrent comme une modalité des communications électroniques. La formulation de la liberté de communication et des restrictions n'est pas la même pour les deux mécanismes. La détermination de la liberté de communication électronique est des plus vagues alors qu'il est renvoyé à un règlement grand-ducal, non pas pour déterminer les limites à cette liberté, mais pour définir son contenu ». Le Conseil d'État note que le renvoi au concept de sanction disciplinaire, en rapport avec lequel il avait émis une opposition formelle, n'est plus retenu.

Article 26

L'article 26 reprend le dispositif des articles 14 et 32 du projet de loi n° 6382 sur les soins de santé en prison.

L'article 26, paragraphe 1^{er}, première phrase, reprend l'article 32 du projet de loi de 2012. Le Conseil d'État marque son accord avec l'intégration de cette disposition dans l'article sous examen. La suite du paragraphe 1^{er} est inspirée de la formulation de l'article 14, paragraphe 1^{er} du projet de loi n° 6382. C'est à bon droit que les auteurs de la loi en projet omettent la référence à un règlement grand-ducal pour déterminer les modalités de désignation du médecin référent.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait relevé ce qui suit :

« Le critère décisif est l'accès au médecin et le choix de ce dernier. Chaque détenu a droit à l'accès de soins médicaux et paramédicaux équivalents à ceux auxquels il pourrait prétendre s'il n'était pas détenu. L'administration pénitentiaire doit organiser l'accès à de tels soins et prendre en charge les coûts et frais y relatifs. Elle attribue à chaque détenu un médecin référent choisi parmi les médecins agréés à l'établissement ou à un organisme public ou privé assurant la prise en charge des soins. Il appartient au médecin référent d'apprécier si le traitement doit se faire à l'extérieur ».

Le Conseil d'État constate que le texte sous examen impose à l'administration pénitentiaire une obligation de veiller à l'équivalence des prestations de soins auxquels le détenu pourrait prétendre en l'absence d'incarcération en ajoutant les limites de l'utile, du nécessaire, de la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement. Plutôt que de prévoir que « l'administration pénitentiaire veille à l'équivalence des prestations », le Conseil d'État propose d'écrire que « le détenu a droit à l'équivalence des prestations de soins de santé ». Le détenu se trouvant, en sa qualité de patient, dans la même situation que n'importe quel citoyen, le Conseil d'État a du mal à accepter que l'administration intervienne dans une décision sur l'ampleur et la nature des prestations médicales, décision qui doit relever de l'unique appréciation du médecin. De même, le choix entre des prestations à l'intérieur ou à l'extérieur du centre pénitentiaire appartient au seul médecin.

Le paragraphe 2 reprend le dispositif de l'article 14 du projet de loi n° 6382. Il consacre la liberté du détenu de choisir le médecin pour se faire soigner dans les locaux du centre pénitentiaire.

Le paragraphe 3 règle le recours, par l'administration pénitentiaire, aux prestations de soins. Le Conseil d'État s'interroge sur la précision suffisante des termes « secteur hospitalier et extrahospitalier ». Il propose d'ajouter, pour le moins, les mots « professionnels de santé du secteur hospitalier et extrahospitalier ». Le Conseil d'État marque son accord avec la référence à l'instrument des conventions qu'il préfère au régime des vacations horaires déterminées par le ministre et qui était prévu par le projet de loi n° 6382. La référence, à la dernière phrase du paragraphe 3, à la prise en compte des frais spécifiques occasionnés par les contraintes liées au milieu carcéral est parfaitement superflue, compte tenu du renvoi à l'instrument de la convention. Le Conseil d'État voudrait toutefois attirer

l'attention des auteurs du projet sous examen sur la nécessité d'assurer un agencement juridiquement correct entre le régime des tarifs de droit commun et le régime spécifique pour les traitements en milieu carcéral.

Le paragraphe 4 reprend le dispositif de l'article 14, paragraphe 4, du projet de loi n° 6382, sauf à omettre la consécration du concept de dossier de soins partagé. Dans le respect du secret médical et de la fonction particulière de cette profession, même en milieu carcéral, le Conseil d'État propose de convertir l'obligation pour le médecin d'échanger avec l'administration pénitentiaire les informations concernant les maladies contagieuses dont sont atteints les détenus en possibilité pour le médecin de communiquer ces informations sans violer pour autant le Code pénal. Le médecin, en prenant sa décision d'informer ou non l'administration pénitentiaire, devra ainsi mettre en balance le droit au respect de la vie privée des détenus malades et les risques qu'encourt la collectivité lorsque les maladies ne sont pas divulguées et que les mesures nécessaires pour préserver la santé des personnes en contact avec ces détenus ne sont pas prises. Pour le surplus, les dispositions légales à respecter par les médecins en cas de dépistage de maladies contagieuses continuent à s'appliquer. Le terme « notamment » figurant à la dernière phrase donnant lieu à arbitraire, le Conseil d'État insiste pour qu'il soit omis.

Le paragraphe 5 reprend le paragraphe 5 de l'article 14 du projet de loi n° 6382. Le Conseil d'État réitère son observation, déjà formulée en 2012, selon laquelle ce texte est superflu et peut être omis.

Article 27

L'article sous examen reprend le dispositif de l'article 33 du projet de loi n° 6382 sur la défense des intérêts collectifs des détenus. À la différence du texte de 2012, les auteurs du projet de loi omettent le terme « délégation représentative », contesté par le Conseil d'État dans son avis de 2012, et introduisent une réserve portant sur l'ordre, la sûreté et la sécurité.

Même si le texte sous examen répond à certaines critiques fondamentales formulées par le Conseil d'État dans son avis de 2012, il continue à susciter des interrogations. La Constitution garantit, à l'article 26, le droit d'association, dans le respect des lois qui règlent l'exercice de ce droit, sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable. Si la loi peut organiser l'exercice du droit d'association, elle ne peut pas le soumettre à une autorisation sous réserve du respect de certains impératifs. D'ailleurs, le texte est muet sur l'auteur de cette autorisation, la loi « impersonnelle » ou l'administration. Plutôt que d'autoriser l'exercice de la liberté, l'administration ne serait-elle pas appelée à intervenir, par des mesures de sanction si l'exercice porte atteinte à l'ordre dans les centres pénitentiaires ? Dans ce cas, elle ne ferait qu'appliquer le droit commun des sanctions par rapport à des actes individuels, voire collectifs. Le placement en milieu carcéral et la sauvegarde nécessaire de l'ordre, de la sûreté et de la sécurité justifient-ils une limitation du droit constitutionnel d'association ou d'expression ? Le Conseil d'État peut accepter un texte selon lequel la liberté d'association en tant que telle n'est pas atteinte, mais que l'articulation de la défense des intérêts collectifs auprès de l'administration est organisée par un règlement à portée procédurale, sans pouvoir être affectée dans son essence. Ceci pose bien sûr la question de la signification du terme de « modalités ». Le Conseil d'État relève que les modalités à

déterminer ne pourront se rapporter qu'à des questions d'organisation et de procédure sans affecter le droit constitutionnel d'association en tant que tel.

Le Conseil d'État s'oppose dès lors formellement à la disposition de l'article 27 sous avis en ce qu'elle se heurte au droit d'association inscrit à l'article 26 de la Constitution.

Article 28

L'article sous examen reprend le dispositif de l'article 34 du projet de loi n° 6382 sur le travail en milieu carcéral. Le Conseil d'État rappelle que l'article 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit le travail obligatoire ou forcé. L'article 4 excepte toutefois, au paragraphe 3, l'interdiction selon laquelle « tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la (...) Convention ». Pour établir ce qui doit être considéré comme un « travail normalement requis d'une personne soumise à la détention », la Cour européenne des droits de l'homme tient compte des normes qui prévalent dans les États membres⁶. Dans cette lecture, le dispositif n'avait pas soulevé de critique majeure de la part du Conseil d'État dans son avis du 13 juillet 2012.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État ne saisit pas la portée de la dernière phrase et plus particulièrement de l'articulation entre un régime de travail assigné et un mécanisme de travail facultatif.

Le Conseil d'État maintient son interrogation quant au renvoi à un règlement grand-ducal pour déterminer les modalités d'exécution du travail et la rémunération. Le paragraphe 3 précise le maintien de l'application du Code du travail aux détenus, ce qui constitue une évidence. Ceci pose toutefois la question de l'articulation entre les dispositions réglementaires à adopter et celles du Code du travail. Si des dérogations au Code du travail sont envisagées, elles devront être fixées dans la loi sous examen et non pas dans le règlement grand-ducal. Le Conseil d'État renvoie encore au respect nécessaire des réglementations en matière de sécurité et de santé au travail.

Article 29

L'article sous examen reprend, avec certains aménagements, le mécanisme de l'article 35 du projet de loi n° 6382 sur les formations et les enseignements à organiser dans le milieu carcéral. Le Conseil d'État note que le paragraphe 1^{er}, au regard notamment des aménagements apportés par rapport au dispositif de 2012, revêt une portée purement déclamatoire et est dépourvu de toute portée normative. Le Conseil d'État réitère ses réserves, déjà exprimées à l'endroit d'autres dispositions du projet de loi sous

⁶ Arrêt *Stummer c. Autriche*, du 7 juillet 2011 – Grande Chambre, requête n° 37452/02 :

Point 121. La jurisprudence de la Cour concernant le travail en prison est peu abondante. Dans l'une de ses premières affaires, la Cour avait eu à se pencher sur le travail exigé d'un détenu récidiviste, dont la libération était suspendue à l'accumulation d'un certain montant d'économies. Tout en admettant que le travail en cause était obligatoire, la Cour avait conclu à la non-violation de l'article 4 de la Convention au motif que les exigences de l'article 4 § 3 a) étaient remplies. De l'avis de la Cour, le travail requis du requérant n'avait pas excédé les limites « normales » en la matière, car il tendait à aider l'intéressé à se reclasser dans la société et avait pour base légale des textes dont on rencontrait l'équivalent dans certains autres États membres du Conseil de l'Europe (*Van Droogenbroeck c. Belgique*, 24 juin 1982, § 59, série A n° 50, avec le renvoi à *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 18 juin 1971, §§ 89-90, série A n° 12). »

examen, de formuler des textes dont l'effet d'annonce l'emporte sur la substance en droit.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait encore posé la question du lien entre l'obligation du condamné d'exercer le travail assigné et le droit au travail. Même avec la formulation retenue par les auteurs du projet de loi sous examen, il est évident que le détenu ne peut pas revendiquer le droit au travail. Dans son avis de 2012, le Conseil d'État s'était interrogé sur la signification de la disposition qui vise à garantir l'équivalence entre la rémunération du travail et les autres activités proposées dans le cadre du contrat d'intégration devenu plan volontaire d'insertion. Aucune précision n'est fournie ni dans le texte du projet de loi sous examen ni dans le commentaire.

Le Conseil d'État maintient également la réflexion qu'il avait déjà faite en 2012. En effet, l'article sous examen soulève la question plus fondamentale du contenu du plan d'insertion et de la place du travail dans ce plan. Est-ce que des activités de formation sont seulement offertes dans le cadre d'un tel plan ? Qu'en est-il de l'accès au travail ou de l'obligation de travailler en relation avec l'acceptation de ce plan ? Dès lors qu'il peut être assigné, le travail n'est pas lié à l'acceptation d'un tel plan. Sera-t-il refusé si le condamné ne l'accepte pas ? Le Conseil d'État avait conclu en relevant que « le moins qu'on puisse dire est que les dispositions en cause sont loin d'être claires et gagneraient à être réexaminées ».

La formulation du paragraphe 2 pose, une nouvelle fois, la question du lien entre les formations et enseignements et l'acceptation par le détenu du plan volontaire d'insertion.

Article 30

L'article sous examen porte sur les principes de base des régimes de détention au sein des centres pénitentiaires. Il constitue une disposition nouvelle par rapport au projet de loi n° 6382.

Le Conseil d'État comprend que le régime de vie en communauté est le régime dit de cellule ouverte.

Le paragraphe 2 reprend le dispositif du paragraphe 2 de l'article 37 du projet de loi n° 6382, avec un régime, il est vrai, différent. Le placement n'est en effet plus conçu comme une sanction, mais comme une modalité de gestion des détenus décidée, pour les prévenus, par le magistrat compétent et, pour les condamnés, par le directeur du centre pénitentiaire. Le Conseil d'État peut saisir la volonté des auteurs du projet de loi de sortir le placement en régime cellulaire du champ des sanctions. Il n'empêche qu'une telle mesure peut être adoptée à la suite d'un incident et revêt à l'évidence, dans ce cas de figure, la nature d'une sanction, ce qui pose le problème d'un recours. La référence aux violences physiques ou morales au point b) en est la preuve. Le Conseil d'État renvoie encore à son observation relative à la nécessité de clarifier les concepts d'agent pénitentiaire et de membre du personnel et de préciser les différences éventuelles au niveau du statut et des compétences

Le paragraphe 3, qui est également nouveau par rapport au texte de 2012, vise la situation des mineurs et des femmes enceintes, allaitantes ou

accompagnées d'enfants en bas âge. Le Conseil d'État considère que cette disposition est superflue en ce que la situation des personnes visées est à suffisance réglée par les paragraphes 1^{er} et 2. La dernière phrase visant la situation des enfants en bas âge revêt une portée propre. Elle pourrait toutefois être incluse comme limite au paragraphe 2, en ce sens que le placement en régime non ouvert est prohibé si l'intérêt de l'enfant en bas âge s'y oppose.

Le paragraphe 4 prévoit une notification de la décision de placement au détenu qui peut faire valoir son point de vue. Cette disposition, qui est rédigée dans l'optique d'une procédure administrative non contentieuse, conforte le Conseil d'État dans sa considération qu'un recours est nécessaire. Le Conseil d'État doit émettre une opposition formelle à l'égard du texte tel qu'il est formulé, au regard des articles 13, sinon 6, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et cela notamment en ce qu'en vertu de l'article 23, paragraphe 2, le prononcé de sanctions disciplinaires déguisées est envisageable. Le Conseil d'État préconise encore un recours, non pas devant le juge administratif, mais devant la chambre d'application des peines.

L'article sous examen constitue encore une disposition nouvelle par rapport au projet de loi n° 6382. Il porte sur le placement temporaire du détenu en cellule spéciale.

Autant le Conseil d'État comprend les motifs à l'origine de ce mécanisme, autant il s'interroge sur la précision des concepts utilisés en relation notamment avec le régime cellulaire prévu à l'article 30. Quelle est la portée du concept d'« attention particulière » utilisée au paragraphe 1^{er} ? Y a-t-il une différence de nature juridique entre l'inaptitude pour le régime de vie en communauté, visée à l'article 30, et le risque d'atteinte grave envisagée à l'article 31 ? Les auteurs visent expressément le risque d'entrave à une enquête disciplinaire. Ils omettent toutefois le risque d'entrave à une instruction judiciaire. En effet, l'article 31 ne prévoit pas un placement du prévenu sur décision du magistrat compétent. Plus encore que pour le régime cellulaire de l'article 30 se pose la question du droit de recours.

Le Conseil d'État émet encore une opposition formelle à l'égard de l'article sous examen dans la mesure où il ne prévoit pas de recours.

Article 32

L'article sous examen reprend le dispositif de l'article 37, paragraphe 1^{er}, première phrase, du projet de loi n° 6382.

Chapitre 6 – De la discipline

Article 33

L'article sous examen porte sur le régime disciplinaire au sein des centres pénitentiaires. Devant les critiques formulées par le Conseil d'État à l'endroit du mécanisme prévu dans le projet de loi n° 6382, les auteurs précisent les fautes disciplinaires et les sanctions dont les détenus peuvent faire l'objet.

Le paragraphe 2 contient la liste des fautes disciplinaires. En ce qui concerne le point 1), le Conseil d'État pose la question de la base juridique du règlement intérieur et des instructions de service qui ne sont pas visées dans les chapitres 1^{er} à 5 du projet de loi sous avis. Il préconise encore le recours au terme de « violation », de préférence à celui d' « atteinte ». Il y a encore lieu de préciser l'auteur de l'ordre dont le refus constitue une faute disciplinaire. Quant au point 2), le Conseil d'État s'interroge sur l'utilisation du terme d' « activité » plutôt que de celui d' « acte ». Un acte isolé ne serait-il pas sanctionnable ? Le Conseil d'État note encore que les auteurs retiennent les concepts de « bon ordre » et de « sécurité », alors qu'à d'autres endroits de la loi en projet est ajouté le concept de « sûreté ». La formulation du point 3) pose le problème du rapport entre la faute disciplinaire et un fait constituant une infraction pénale ou susceptible de constituer une infraction pénale. La dernière formule risque de poser problème dans l'hypothèse où l'infraction n'est finalement pas retenue par les autorités judiciaires. Le Conseil d'État propose d'omettre le point 6). Si le détenu est coauteur des faits, il peut directement être sanctionné. Le terme « complice » renvoie au droit pénal et est inadapté en matière disciplinaire.

Le point 10) porte sur la sanction du placement en régime cellulaire. Le Conseil d'État s'interroge sur la double approche suivie par les auteurs du projet en ce qui concerne le régime cellulaire. Alors que l'article 31 prévoit ce régime en cas de risque d'atteinte au bon ordre et à la sécurité, en tant que mesure de prévention, la disposition sous examen en fait une sanction d'une atteinte au bon ordre et à la sécurité déjà consommée.

Le point 11) vise comme sanction disciplinaire le transfèrement, au sens de l'article 19. Cette disposition met en évidence que le transfèrement revêt, comme il a déjà été dit à l'article 19, différentes natures : mesure judiciaire adoptée par un magistrat à l'égard de non condamnés, mesure d'exécution de la peine ou mesure disciplinaire. La disposition sous examen conforte le Conseil d'État dans sa position qu'il y a lieu d'opérer une articulation claire entre ces différents cas de figure.

Le paragraphe 3 regroupe les sanctions disciplinaires dans une liste de douze points. Contrairement à d'autres régimes disciplinaires, il est difficile de voir dans cette liste une gradation des sanctions. Aussi le Conseil d'État propose-t-il de formuler la première phrase du paragraphe 3 de la manière suivante :

« Selon la nature et la gravité de la faute, les sanctions suivantes peuvent être prononcées. »

Le paragraphe 4 porte sur la sanction disciplinaire spécifique du confinement en cellule individuelle qui implique d'autres sanctions accessoires. Le texte précise encore les droits qui sont maintenus au profit du détenu ; il s'agit d'une formulation pour le moins inhabituelle, étant donné que le propre de la loi est de déterminer positivement et non pas négativement le contenu de la sanction.

La matière disciplinaire est soumise, comme la matière pénale, à l'exigence de la détermination exacte des faits sanctionnés découlant de l'article 14 de la Constitution. Au regard des nombreuses imprécisions et inadéquations des termes qui ont été relevées par le Conseil d'État, ce

dernier doit émettre une opposition formelle à l'égard du texte tel que formulé.

Les paragraphes 6 à 7 portent sur le régime du prononcé des sanctions par le directeur. Le Conseil d'État note la large marge laissée à l'autorité disciplinaire. Elle peut cumuler des sanctions, accorder le bénéfice du sursis à l'exécution d'une partie ou de toute la sanction, modifier la sanction en cours ou dispenser le détenu de tout ou partie de l'exécution de la sanction. Le Conseil d'État relève que le terme « modifier » pose problème. Il n'est pas admissible que le directeur aggrave la sanction, sauf à considérer qu'il s'agit d'une nouvelle sanction pour de nouveaux faits. Si la sanction à exécuter a été validée ou modifiée par le juge, il est également difficile à admettre que le directeur puisse la modifier. Le Conseil d'État se demande si les termes « dispenser de l'exécution » ne suffisent pas.

Article 34

Cet article prévoit la procédure disciplinaire. Le Conseil d'État marque son accord avec l'instauration d'un régime qui respecte le principe du contradictoire. Il entend formuler les observations techniques suivantes.

Au paragraphe 1^{er}, il y a lieu, dans un souci de cohérence avec l'article 33, de parler de fautes disciplinaires. La formulation « susceptible de justifier une sanction » est superflue, alors que toute faute au sens de l'article 33 peut entraîner une sanction. Le terme « agent » signifie-t-il « agent pénitentiaire » ? Qui est le destinataire du compte rendu ?

Le Conseil d'État rappelle qu'il est impératif de clarifier les concepts d'agent pénitentiaire et de membre du personnel et de préciser les différences éventuelles au niveau du statut et des compétences.

Le paragraphe 3 vise-t-il le fait de poursuivre ou d'entamer les poursuites ?

En ce qui concerne le paragraphe 4, le Conseil d'État est d'avis que la référence à la justification et à la proportionnalité de la sanction a sa place au paragraphe 3.

Les paragraphes 4 et 5 font une distinction entre les fautes moins lourdes et celles plus graves. Le paragraphe 4 vise expressément le prononcé d'une sanction. Un tel énoncé ne figure pas au paragraphe 5 ni dans les dispositions qui suivent. Le paragraphe 9 parle, en termes très généraux, de la décision sur la sanction.

Le mécanisme procédural prévu est très particulier et revêt deux natures différentes. Pour les fautes moins graves, il s'agit d'un recours « gracieux » devant le directeur, préalable obligatoire d'un recours judiciaire. Pour les fautes plus graves, il s'agit d'une procédure contradictoire antérieure au prononcé de la sanction. Le Conseil d'État a des réserves par rapport à ce mélange de genres et par rapport au report des droits de la défense au seul stade du recours gracieux.

Le paragraphe 11 établit une mesure disciplinaire spécifique consistant dans le retrait d'un objet à l'aide duquel une faute disciplinaire a été commise, qui est le produit de la faute disciplinaire ou qui est

susceptible de compromettre le bon ordre et la sécurité. Le dispositif est repris de l'article 36, paragraphe 6, seconde phrase du projet de loi n° 6382. Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait critiqué ce régime. Certes, l'article sous examen précise que l'objet doit être le moyen ou le produit de la faute disciplinaire. Dans ce cas, le terme de « retrait » est impropre ; il s'agit soit de saisir l'objet qui pourra ou devra à une date ultérieure, au plus tard à la sortie de prison, être restitué à l'intéressé, soit de le confisquer. Or, dans ce cas, on est en présence d'une sanction patrimoniale. S'agissant d'une sanction et non pas d'une règle procédurale, ce dispositif devrait figurer dans la liste des sanctions prévues à l'article 33, paragraphe 3.

Le texte vise toutefois également le « retrait » préventif d'objets pour maintenir le bon ordre. Il s'agit d'une mesure ayant une nature juridique différente et qui n'a pas sa place dans une disposition sur les sanctions. Cette mesure administrative non sanctionnatrice renvoie à la question de l'établissement d'une liste d'objets interdits. La confusion entre les deux approches est soulignée par le renvoi que la disposition sous examen opère à l'article 36.

Le Conseil d'État émet ses vives réserves par rapport à la démarche suivie par les auteurs dans l'articulation et l'agencement des textes.

Article 35

L'article 35 reprend le dispositif de l'article 36, paragraphe 6, du projet de loi n° 6382 sur la responsabilité du détenu pour assumer la réparation des dommages causés.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait considéré ce qui suit :

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

L'ajout de la phrase d'après laquelle les frais peuvent être récupérés sur l'avoir en compte du détenu, loin de répondre aux questions soulevées par le Conseil d'État, pose problème en termes de droit civil, étant donné que le détenu n'est pas privé de ses droits de propriété et que la récupération des frais sur le compte bancaire est opérée en l'absence de titre. Dans la logique du système, le directeur procéderait à la récupération des avoirs ; or le texte ne précise pas cette compétence. Tant pour les raisons déjà

expliquées en 2012 que pour les critiques formulées à l'égard des ajouts du projet de loi sous examen, le Conseil d'État doit émettre une opposition formelle à l'égard du texte sous examen fondée sur la consécration au profit du directeur de droits exorbitants du droit commun et sur la méconnaissance des droits du détenu, tant les droits procéduraux que le droit de propriété en tant que tel.

Article 36

L'article 36 établit un régime de saisie d'objets qui ne relèvent pas des poursuites disciplinaires.

Sont visés, aux points a) et b) du paragraphe 1^{er}, les objets, matières et substances prohibés par la loi et ceux interdits par la réglementation pénitentiaire. Le point c) vise les « choses sans maître ». Le Conseil d'État relève l'incohérence de la logique et de la formulation du texte qui mélange le caractère illégal des objets et le sort qui leur est réservé en fonction de la propriété. Il a du mal à saisir la portée propre de cette mesure de sûreté par rapport à la procédure disciplinaire classique d'autant plus que la saisie prévue porte sur des objets prohibés ou interdits et non pas sur des objets dangereux. Il renvoie à ses considérations au paragraphe 11 de l'article 34.

Le paragraphe 2 porte sur l'élimination des denrées alimentaires et des objets périssables et insalubres. Le Conseil d'État s'interroge sur l'articulation de ce paragraphe avec le paragraphe 1^{er}. Il se demande si le texte doit être compris en ce sens que seulement certaines denrées alimentaires sont prohibées et où cette interdiction est consacrée.

Le Conseil d'État note encore que la nature de l'acte n'est pas claire et que les qualifications varient ; le texte vise tantôt la remise obligatoire, tantôt la conservation d'objets sans maître, tantôt la mise sous consigne, tantôt encore l'élimination. De même, l'auteur de la mesure n'est pas précisé. Le texte se réfère aux entités impersonnelles d'autorités compétentes ou à l'administration pénitentiaire. Le Conseil d'État ne peut que supposer que la mesure est ordonnée ou entérinée par le directeur et que les agents pénitentiaires doivent disposer de certains pouvoirs sur le terrain.

Le Conseil d'État comprend la nécessité des dispositions proposées. Toutefois, il relève que la terminologie employée n'est pas claire, ce qui est de nature à poser des problèmes au niveau de l'application du texte proposé. Pour des raisons tenant à la sécurité juridique et aux droits des détenus, le Conseil d'État doit émettre une opposition formelle à l'égard du dispositif sous examen.

Article 37

L'article sous examen prévoit l'adoption d'un règlement grand-ducal pour organiser les modalités administratives relatives à la discipline.

Le Conseil d'État est à s'interroger sur le contenu de ce futur règlement et sur la signification des termes « modalités procédurales relatives à la discipline ». Il note que les dispositions du chapitre 8 sont largement nouvelles par rapport aux textes proposés en 2012 et contiennent d'ores et déjà nombre de dispositions procédurales. La prise en compte des

oppositions formelles et des suggestions de précision faites par le Conseil d'État devrait encore renforcer ce dispositif.

Si le règlement introduit des dispositions concernant le régime disciplinaire et, dès lors, les droits et libertés individuels des détenus, matière réservée à la loi, le Conseil d'État considère que les principes et points essentiels doivent figurer dans la loi. À défaut de répondre aux critères de l'article 32(3) de la Constitution, le texte sous examen rencontre une opposition formelle du Conseil d'État. Le Conseil d'État renvoie, à cet égard, à son avis du 11 novembre 2014 relatif au projet de loi portant modification de la loi du 16 juin 2004 portant réorganisation du Centre socio-éducatif de l'État.

Si le règlement porte uniquement sur des éléments de nature procédurale, le Conseil d'État n'a pas d'observation à faire. Pour garantir cette lecture, le Conseil d'État propose de déterminer les dispositions du chapitre 8 qui peuvent être précisées par règlement grand-ducal, et de spécifier, au cas par cas, l'objectif de ces mesures réglementaires.

Chapitre 7 – Des recours administratifs et juridictionnels

Article 38

Le paragraphe 1^{er} de cet article, qui est nouveau par rapport au projet de loi n° 6382, prévoit les recours des détenus contre les décisions prises en matière pénitentiaire par le directeur de l'administration pénitentiaire et les directeurs des centres pénitentiaires.

Contre les décisions expresses ou implicites, en cas de silence gardé sur une demande, prises par les directeurs des centres pénitentiaires, un recours hiérarchique de nature administrative est ouvert devant le directeur de l'administration pénitentiaire. Le texte sous examen ne règle pas le recours contre les décisions du directeur de l'administration pénitentiaire. En effet, ce recours est porté devant la chambre d'application des peines. Le commentaire afférent à l'article sous avis renvoie à cet égard à l'article 699, paragraphe 3, tel que le projet de loi n° 7041 portant réforme de l'exécution des peines propose de l'ajouter au Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'État a du mal à saisir la portée de la troisième phrase qui commence par les mots « En l'absence de décision du directeur ». Ce texte signifie-t-il que la décision du directeur du centre pénitentiaire peut immédiatement être attaquée devant le juge, ou vise-t-il une décision implicite de rejet ? Le Conseil d'État renvoie à ses observations dans l'avis de ce jour relatif au projet de loi n° 7041 où il a préconisé d'insérer toutes les dispositions sur les voies de recours en matière pénitentiaire dans le projet de loi sous examen. L'article sous examen prouve l'incohérence de la démarche consistant à faire figurer certains recours dans la loi sur l'administration pénitentiaire et d'autres recours dans la loi sur l'exécution des peines avec une articulation qui est loin d'être claire.

Le paragraphe 2 définit la décision en matière pénitentiaire comme celle liée à la détention, y compris les décisions relatives à la discipline et aux questions de régimes de détention dont la compétence n'a pas été attribuée par la loi à une autre autorité administrative ou judiciaire. Le Conseil d'État s'interroge sur la cohérence de cette structure. Si le

paragraphe 1^{er} porte sur les décisions adoptées par les directeurs des centres pénitentiaires et le directeur de l'administration pénitentiaire, il est inutile de redéfinir le champ d'application des recours sous une optique substantielle comme visant les décisions prises en matière pénitentiaire. Le Conseil d'État a encore du mal à saisir la logique de la compétence dite « à défaut ». Si une décision « administrative » a été prise par le juge d'instruction à l'égard d'une personne en détention préventive, un système particulier de recours doit être prévu dans la mesure où le recours en annulation prévu à l'article 126 du Code d'instruction criminelle ne s'applique pas. Le Conseil d'État ne saisit pas du tout la référence aux décisions adoptées par une autre autorité administrative, alors que ces autorités n'ont aucune compétence en matière pénitentiaire et que le recours contre des actes administratifs qu'elles seraient amenées à adopter relève du droit commun.

L'organisation des voies de recours relevant du droit d'accès au juge et de la sauvegarde des droits individuels, le Conseil d'État demande, sous peine d'opposition formelle, que l'article sous examen soit reformulé.

Article 39

Le Conseil d'État ne saisit pas la nécessité de l'article sous examen, dans la mesure où toutes les décisions adoptées par le procureur général d'État sont susceptibles d'un recours direct devant la chambre d'application des peines.

Chapitre 8 – De la sécurité des centres pénitentiaires

Article 40

Le paragraphe 1^{er} reprend la disposition de l'article 38, paragraphe 1^{er} du projet de loi n° 6382, sauf à omettre la référence à la définition d'un périmètre. Le Conseil d'État propose d'omettre la formule « son centre ».

Le paragraphe 2 établit une compétence spéciale du directeur d'un centre pénitentiaire pour déterminer les objets, matières et substances dont la possession est interdite. Le Conseil d'État comprend qu'il s'agit d'un acte à portée générale valant pour toutes les personnes détenues dans le centre pénitentiaire, le personnel et les tierces personnes. Le Conseil d'État renvoie à cet égard à son avis du 31 mars 2009 concernant le projet de loi n° 5947 portant création et organisation du Centre de rétention et modifiant 1. Le Code de la sécurité sociale, 2. La loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'État. Dans cet avis, il avait considéré que l'article 6, paragraphe 4, du projet de loi, aux termes duquel « [l]e directeur peut fixer pour chacune des unités un régime de rétention spécifique », se heurtait à l'article 36 de la Constitution qui réserve le pouvoir d'exécuter des lois au Grand-Duc et avait annoncé que le maintien de la prérogative visée en faveur du Directeur du Centre l'empêcherait de dispenser la loi en projet du deuxième vote constitutionnel. Le Conseil d'État réitère ces considérations concernant l'article 40, paragraphe 2, sous avis. Il s'oppose dès lors formellement à l'attribution d'un pouvoir réglementaire au directeur du centre pénitentiaire tel qu'il est proposé au paragraphe 2. Une approche analogue avait d'ailleurs été adoptée par le

Conseil d'État dans d'autres avis⁷. Dans l'avis précité du 31 mars 2009, le Conseil d'État avait toutefois souligné que « [r]ien n'empêche par contre les responsables de s'occuper de la mise en œuvre pratique des règles de fonctionnement du Centre, du moment que celles-ci se trouvent reprises dans le règlement grand-ducal proposé par le Conseil d'État (...) ». Pareille solution pourrait être retenue dans le cadre du projet de loi sous avis.

Le Conseil d'État renvoie encore à l'article 34, paragraphe 11, qui vise le « retrait » des objets interdits. Il réitère sa critique quant à une incohérence des diverses dispositions du projet de loi sous examen.

Article 41

L'article sous examen reprend, au paragraphe 1^{er}, le dispositif de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 38 du projet de loi n° 6382. Le Conseil d'État a des doutes sérieux quant à l'application de ce texte aux personnes visées à l'article 24, paragraphe 1^{er}, de la loi sous objet, précision qui a été ajoutée par rapport au texte de 2012. Le contrôle des effets personnels ne saurait pas porter sur des dossiers ou pièces couvertes par le secret professionnel ou relevant du secret de l'instruction. Le Conseil d'État exige, sous peine d'opposition formelle, une précision du dispositif.

Le Conseil État réitère encore ses interrogations quant à la portée propre des concepts de sécurité et de sûreté.

Le paragraphe 2 accorde à l'administration pénitentiaire le droit spécifique de traiter les données personnelles, photographiques et biométriques et de les conserver pendant cinq ans. Le Conseil d'État s'oppose formellement à cette disposition, pour atteinte au respect à la vie privée, vu qu'il ne voit pas la nécessité d'un tel traitement, notamment des données photographiques et biométriques, pour une durée de cinq années à l'égard des visiteurs. Que signifie, au demeurant, la formule « dans le contexte de ces contrôles » ?

Le traitement des données des détenus ne doit pas faire l'objet d'une disposition particulière.

Le paragraphe 3 reprend le dispositif de l'article 38, paragraphe 5, du projet de loi n° 6382.

Le paragraphe 4 exclut expressément les services de secours, d'incendie et de sauvetage. Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité d'une consécration expresse de cette exception. Il relève que les forces de maintien de l'ordre ne sont pas expressément visées. Si le texte est maintenu les auteurs doivent veiller à la cohérence des termes employés dans la loi en projet avec ceux prévus au projet de loi n° 6861 portant organisation de la sécurité civile et création d'un Corps grand-ducal d'incendie et de secours.

⁷ Avis du Conseil d'État du 18 novembre 2014 concernant le projet de loi n° 6573 portant sur l'enseignement secondaire relatif à l'article 14 du projet de loi ; avis du Conseil d'État du 22 juin 2015 concernant le projet de loi portant création d'un Institut de formation de l'Éducation nationale et modifiant (...) relatif à l'article 16 du projet de loi ; avis du Conseil d'État du 20 octobre 2015 concernant le projet de loi ayant pour objet a) l'organisation de la Maison de l'orientation ; b) la cohérence de l'orientation scolaire et professionnelle et modifiant (...) relatif à l'article 2, alinéa 4 du projet de loi ;

Article 42

L'article sous examen établit un mécanisme des fouilles corporelles des détenus. Dans son avis relatif au projet de loi n° 6382, le Conseil d'État avait attiré l'attention des auteurs sur la nécessité de préciser ce régime et de l'entourer des garanties nécessaires à la sauvegarde de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en se référant à l'arrêt du 20 janvier 2011, *Shennawy c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le Conseil d'État renvoie à son avis du 11 novembre 2014 sur le projet de loi portant création de la loi du 16 juin 2004 portant réorganisation du Centre socio-éducatif de l'État (n° 6593-5) dans lequel il avait procédé à une analyse détaillée de la question des fouilles corporelles et a fait une proposition de texte. Dans les amendements du 1^{er} juin 2016, le Gouvernement a repris cette proposition. Dans un souci de cohérence des lois et de garantie équivalente des droits individuels, le Conseil d'État insiste à retenir un texte qui soit le plus proche possible du texte proposé dans les amendements gouvernementaux dans le projet de loi (n° 6593-5) précité.

Article 43

Cet article est une disposition nouvelle qui fait suite à une opposition formelle du Conseil d'État faite dans son avis concernant le projet de loi n° 6382, à savoir que la fouille des cellules des détenus doit être prévue dans la loi même et non pas dans un règlement grand-ducal.

Au niveau de la formulation du texte, le Conseil d'État s'interroge sur la seconde phrase. Si les contrôles peuvent s'effectuer par des moyens humains et électroniques, il est inutile de préciser qu'elles peuvent s'opérer par un de ses moyens. D'une façon plus générale, le Conseil d'État relève que les modalités de contrôle ne doivent pas être précisées dans la loi en projet. Il propose dès lors de faire abstraction de la deuxième phrase de l'article sous avis.

Article 44

L'article sous examen constitue une disposition nouvelle par rapport au projet de loi n° 6382. Il prévoit un régime de dépistage pour combattre plus efficacement les trafics de drogues et d'autres substances similaires en milieu pénitentiaire. La réserve relative à l'application de la loi du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie est juridiquement superflue, vu que cette loi s'applique sur tout le territoire national, y compris dans les centres pénitentiaires. Si le Conseil d'État comprend les contrôles opérés à l'entrée et à la sortie du centre pénitentiaire, il s'interroge sur les autres contrôles. Il note, d'abord, que le texte ne précise pas que ces contrôles sont opérés à l'intérieur du centre y compris dans les cellules. Ces contrôles peuvent également prendre la forme de fouilles corporelles sans qu'un lien clair soit opéré avec l'article 42. Quelle est la portée de la précision qu'il s'agit de contrôles « réguliers aléatoires » ? Le terme « régulier » signifie-t-il que le directeur doit faire procéder régulièrement à de tels contrôles ou que ces contrôles peuvent être contestés en relation avec le critère de régularité ? Le terme « aléatoire »,

déjà critiqué par le Conseil d'État dans son avis relatif au projet de loi n° 6382, signifie-t-il que ces contrôles peuvent être exercés partout à l'intérieur du centre pénitentiaire sans justification particulière ? Si tel est le sens de la disposition, le terme aléatoire est mal choisi. Le Conseil d'État propose d'omettre ces qualificatifs.

Le Conseil d'État relève encore l'inadéquation du terme technique de « dépistage » qui vise la détection d'une maladie, en l'occurrence de la toxicomanie et non pas la découverte de stupéfiants. Il se demande si le terme de « contrôle » portant sur la détention de substances prohibées n'est pas plus indiqué.

Le paragraphe 2 vise les tests de dépistage sur des substances susceptibles de constituer des substances interdites. Si le Conseil d'État comprend le sens de la disposition, la formulation n'est ni claire ni bien agencée. Le Conseil d'État propose la formulation suivante : « des produits ou substances découverts lors des contrôles effectués en application de l'article 43 peuvent être soumis à des contrôles en vue de détecter la présence de substances prohibées ».

Article 45

L'article sous examen, qui correspond en partie à l'article 40 du projet de loi n° 6382, est consacré à l'agent pénitentiaire. Certaines dispositions qui précèdent se réfèrent à ces agents sans que leur existence et leurs compétences n'aient été définies.

Le Conseil d'État renvoie à ses considérations relatives à la nécessité de définir clairement les catégories du personnel, et en particulier les agents relevant de l'article 97 de la Constitution, observation déjà formulée dans l'avis du 13 juillet 2012. Le Conseil d'État réitère cette observation et insiste sur le fait que le concept de l'agent pénitentiaire, son statut et ses compétences soient repris dans le chapitre relatif à la structure administrative organisationnelle des centres pénitentiaires.

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}, le Conseil d'État note que les missions des agents pénitentiaires sont élargies et précisées par rapport au texte de 2012.

Le paragraphe 2 est une disposition centrale qui détermine le recours à la force et l'usage des armes. Le Conseil d'État note que le dispositif est précisé par rapport au texte du projet de loi n° 6382. Certains des concepts utilisés soulèvent toutefois des questions. Que signifie la formule « obliger une personne de se comporter conformément à la loi » ? S'agit-il de prévenir la commission d'infractions ? Alors que dans les articles précédents il est question de la réglementation pénitentiaire, le paragraphe 2 sous examen utilise les concepts d'« instructions » et d'« ordres donnés ». Le Conseil d'État note que dans la formulation plus détaillée du paragraphe 1^{er}, le texte ne précise pas que les agents pénitentiaires peuvent émettre des instructions ou donner des ordres.

Le Conseil d'État se doit encore de critiquer l'articulation des textes. L'article sous examen vise, au paragraphe 2, le recours aux moyens de contrainte qui ne sont définis que dans l'article 46 suivant.

Article 46

L'article sous examen constitue une disposition nouvelle par rapport au texte de 2012. Le Conseil d'État relève l'articulation et la formulation inhabituelle de cet article qui mélange des définitions, des dispositions sur des compétences spécifiques du directeur et des règles relatives à l'usage des armes à feu. Au paragraphe 5, la disposition reprend les critères de légitime défense déjà visés à l'article 45. Le Conseil d'État considère que la formulation de cet article ne répond pas à une méthode traditionnelle de légiférer et qu'il aurait été utile de scinder le dispositif selon la définition, les causes, les critères d'utilisation des moyens de contrainte et la procédure à suivre.

Pour ce qui est du paragraphe 1^{er}, lettre b) (lettre (a) selon le Conseil d'État), le Conseil d'État s'interroge sur la signification d'un moyen de contrainte physique exercé sur un bien. À la lettre c), il est renvoyé à l'équipement réglementaire qui n'est toutefois défini dans aucune autre disposition.

Le paragraphe 2 prévoit la création d'un groupe d'intervention spécial pour l'usage des moyens de contrainte physique. Il s'agit d'une nouvelle compétence du directeur, non pas d'un centre pénitentiaire, mais de l'administration pénitentiaire qui devrait trouver sa place dans la définition des compétences de ce dernier. Le Conseil d'État note encore que la détermination des conditions d'intervention est particulièrement vague. Tel est notamment le cas pour la référence à des « situations particulières qui font croire que (...) ».

Le paragraphe 3 constitue une disposition de nature exemplative portant sur le champ des moyens de contrainte matériels. Le Conseil d'État s'interroge sur la valeur normative d'une telle disposition et rappelle ses réserves par rapport à cette façon de légiférer. Le paragraphe 3 devrait encore suivre la définition des moyens de contrainte physique figurant au paragraphe 1^{er}.

Le paragraphe 4 énonce, à la première phrase, une évidence, à savoir que les agents pénitentiaires peuvent faire usage des moyens de contrainte matériels. La seule plus-value consiste dans l'exception de l'usage des armes à feu à munition pénétrante. La deuxième phrase soumet l'usage de ces moyens à une autorisation préalable du directeur du centre pénitentiaire et à l'approbation du directeur de l'administration pénitentiaire. Le Conseil d'État peut marquer son accord avec ce cadrage quitte à relever qu'il peut y avoir des situations d'urgence où cette autorisation préalable est difficile à obtenir dans un délai approprié.

Le paragraphe 5 porte sur l'usage des armes à feu à munition pénétrante. Le Conseil d'État marque son accord avec la limitation de l'usage de ces armes aux hypothèses de la légitime défense. L'autorisation préalable par le directeur du centre pénitentiaire avec approbation par le directeur de l'administration pénitentiaire donne sens, étant donné qu'est visé le port des armes.

Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité du paragraphe 6. L'obligation des agents d'informer le directeur découle des rapports hiérarchiques et peut, si nécessaire, être rappelée dans un règlement interne.

Article 47

L'article sous examen, relatif aux moyens de contrainte matériels, constitue également une disposition nouvelle par rapport au projet de loi n° 6382. Le Conseil d'État marque son accord avec la proposition d'un tel dispositif, même s'il émet des critiques par rapport aux formulations retenues.

Le paragraphe 1^{er} vise l'acquisition et l'équipement et impose une autorisation préalable du ministre. Plutôt que de viser l'acquisition et l'équipement, le Conseil d'État préconise une formulation selon laquelle les moyens de contrainte matériels visés à l'article 46, paragraphe 3, points b)⁸ et c).

Le paragraphe 2 revient sur la question de l'usage de ces moyens déjà traitée à l'article 46. Il introduit une référence à un nouveau concept, à savoir celui des instructions de service, dont on ne connaît ni le contenu ni l'auteur et qui ne sont pas expressément prévues dans le projet de loi sous examen. Au détour d'une phrase, il est fait référence à une formation spéciale et générale des agents pénitentiaires. Le Conseil d'État préconise, encore une fois, de réserver un article particulier aux agents pénitentiaires qui pourrait également porter sur leur mission, à leur formation et leur intervention.

Le paragraphe 3 porte sur le stockage ou dépôt des moyens de contrainte matériels. Le Conseil d'État peut marquer son accord avec le système envisagé, même s'il s'interroge sur la nécessité de régler cette question dans la loi.

La même remarque vaut pour le paragraphe 4 qui prévoit un système d'enregistrement de l'affectation individuelle des moyens de contrainte. Le Conseil d'État note encore la formulation défectueuse du texte sous examen qui vise une identification individuelle des moyens alors qu'il devrait s'agir d'une détermination de l'affectation des moyens aux différents agents pénitentiaires.

Article 48

L'article 48 constitue le dernier de la série des dispositions qui sont nouvelles par rapport au texte de 2012.

Le paragraphe 1^{er} introduit le concept de la clôture de sécurité extérieure comme limite de la compétence des agents pénitentiaires. Le Conseil d'État constate qu'il n'est plus question d'un périmètre de sécurité à l'extérieur des frontières physiques du centre pénitentiaire mais que les compétences des agents sont confinées à l'intérieur de ce centre. La détermination physique est opérée par le renvoi au concept de « clôture de sécurité extérieure ». La référence physique aurait utilement pu être intégrée à l'article 40, paragraphe 1^{er}, qui abandonne la référence au périmètre de sécurité ayant figuré dans le projet de loi n° 6382. Le Conseil d'État note que, pour le Centre pénitentiaire de Givenich, on inclut l'ensemble des terrains dits cadastraux. Autant le Conseil d'État comprend la situation

⁸ Le texte vise erronément l'article à l'article 46, paragraphe 2, points b) et c).

particulière de ce centre ouvert, autant il s'interroge sur la référence aux limites cadastrales qui ne trouvent pas de traduction physique sur le terrain.

Le paragraphe 2 autorise les agents à transporter les moyens de contrainte matériels à l'extérieur du centre pénitentiaire aux fins d'entraînement. Le Conseil d'État, s'il conçoit la nécessité d'un tel dispositif, se demande encore une fois si ce dernier doit être ancré dans la loi. Il note encore que l'origine de l'autorisation n'est pas spécifiée. Il devrait, en toute logique, s'agir d'une autorisation de par la loi.

Article 49

L'article sous examen entend régler l'intervention de la police dans l'hypothèse où le directeur n'arrive plus à maintenir la sécurité avec les moyens internes à l'établissement. Les auteurs reprennent, dans les grandes lignes, le dispositif de l'article 39 du projet de loi n° 6382.

Le Conseil d'État relève que la question du recours à la force par le personnel de l'établissement pénitentiaire avant l'appel lancé à la police grand-ducale se trouve réglée dans les nouveaux articles 45 et suivants.

La définition des situations dans lesquelles la police doit intervenir reste toutefois imprécise. Le paragraphe 1^{er} introduit la notion de maintien de l'ordre, qui vient s'ajouter aux concepts de sécurité et de sûreté figurant à l'article 45. Il fait encore référence aux moyens propres du centre pénitentiaire, concept qui ne figure pas dans les articles 45 et suivants. De même est repris le concept de périmètre du centre pénitentiaire, abandonné, par ailleurs, à l'article 48. Le Conseil d'État invite les auteurs du texte à veiller à la cohérence des concepts utilisés, notamment lors de la coexistence de dispositions nouvelles et de dispositions reprises du texte de 2012.

Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait encore relevé ce qui suit. : « Le paragraphe 1^{er} vise un « incident » interne, le paragraphe 2 porte sur une attaque ou menace (d'attaque) externe. Autant le terme attaque est précis et lourd de signification, autant le concept d'incident est vague, d'autant plus qu'il suffit que l'incident soit « redouté ». Comment peut-on apprécier qu'il n'est pas possible de maintenir l'ordre dans l'établissement au regard d'un incident simplement redouté ? S'il s'agit de conférer au directeur un très large pouvoir de faire appel à la police lorsqu'il estime que l'intervention de la police s'impose, autant le dire clairement. On imagine d'ailleurs mal la police refuser d'intervenir au motif qu'il n'y aurait pas incident redouté suffisamment grave ».

Le Conseil d'État s'était encore interrogé « sur les responsabilités en cas d'intervention de la police. Qui assume la direction des opérations ? En toute logique, s'il devait s'agir de la police, autant consacrer clairement cette compétence. En même temps, le directeur garde ses propres responsabilités du maintien de la sécurité. Comment régler cette coexistence de compétences ? ». Les agents pénitentiaires pourront-ils intervenir à côté des forces de police ? La réponse à cette question est-elle à trouver dans le plan de gestion des crises ?

Au paragraphe 3, les auteurs ont repris le dispositif du paragraphe 3 de l'article 39 du projet de loi n° 6382, en tenant compte de certaines critiques

formulées par le Conseil d'État dans son avis du 13 juillet 2012. Reste la question de la portée du concept de gestion de crises qui, à l'évidence, est différent de la notion d'« incident » visée au paragraphe 1^{er}.

Article 50

À l'article sous examen, les auteurs reprennent le dispositif de l'article 42 du projet de loi n° 6382. Il s'agit d'une reprise de l'article 18-1 de la loi du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire telle que modifiée par la loi du 22 juillet 2008.

Article 51

Selon le commentaire, l'article 51 doit constituer la base légale afin qu'un règlement grand-ducal puisse prévoir les modalités d'exécution du chapitre 8. Le Conseil d'État voudrait faire deux observations.

Il s'interroge d'abord sur le contenu d'un tel règlement, tant par rapport aux dispositions légales particulièrement détaillées que par rapport aux dispositions d'un règlement interne.

Il rappelle ensuite que le chapitre 8 porte sur le dispositif du maintien de l'ordre et constitue, aux termes de l'article 97 de la Constitution, une matière réservée à la loi. Le renvoi à un règlement grand-ducal ne peut se faire que dans les limites autorisées par l'article 32 (3) de la Constitution.

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement au texte sous examen. Il invite les auteurs du projet de loi sous examen à cibler le champ du futur règlement grand-ducal par rapport aux différentes dispositions du chapitre 8 et d'indiquer avec précision les objectifs du règlement, étant entendu que les principes et points essentiels doivent figurer dans la loi.

Chapitre 9 – Dispositions additionnelles

Article 52

Cet article vise à consacrer dans la loi les différents titres et les fonctions qui en découlent pour les agents pénitentiaires dans l'exercice de leurs missions.

Cet article réintroduit pour chaque grade de la catégorie de traitement D, groupe de traitement D1, sous-groupe à attributions particulières (ancienne carrière du sous-officier des établissements pénitentiaires) une « fonction » correspondante. Ce faisant, les auteurs rompent avec la philosophie qui est à la base de la loi modifiée du 25 mars 2015 fixant le régime des traitements et les conditions et modalités d'avancement des fonctionnaires de l'État.

Cette loi prévoit en effet une nouvelle configuration du dispositif réglant les carrières et les traitements des fonctionnaires de l'État, l'ancien système construit autour des notions de rubrique, grade, administration et fonction étant remplacé par un système centré sur les notions de rubrique, catégorie de traitement, groupe de traitement, sous-groupe de traitement, grade et fonction. Parallèlement, la notion de « carrière », qui sous-tendait

l'ancien système, est écartée au profit des nouvelles notions de « catégorie, groupe et sous-groupe de traitement ». Par ailleurs, les anciens cadres « ouvert » et « fermé », qui structuraient les carrières, ont été remplacés par les notions de « niveau général » et de « niveau supérieur », à chaque niveau correspondant une seule fonction.

Le Conseil d'État a depuis eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la façon dont les lois organisant les cadres de l'administration doivent à l'avenir être rédigées et sur les éléments qui doivent figurer dans la loi et sur les éléments qui peuvent être relégués au niveau de l'organigramme qui, d'après l'article 4 du statut général des fonctionnaires, est établi par le chef d'administration et soumis à l'approbation du ministre du ressort⁹. Le Conseil d'État y a notamment critiqué l'introduction, par le biais de la loi, de nouvelles fonctions en dépassement de celles prévues par la loi précitée du 25 mars 2015 ou de la consécration dans la loi, de nouveaux titres pouvant être accordés aux fonctionnaires concernés. Le Conseil d'État part en effet du principe que ces aspects du fonctionnement de l'administration peuvent être réglés au niveau de l'organigramme, qui correspond au schéma organisationnel de l'administration et qui met en évidence sa structure, les niveaux hiérarchiques qu'elle comporte, les unités organisationnelles (comme par exemple des divisions et des services) qui constituent son ossature, ainsi que leurs domaines d'activités, les liens hiérarchiques et organisationnels entre les personnels de l'administration et enfin les postes à responsabilités particulières¹⁰. Dans ses avis, le Conseil d'État a également prévu un nombre limité d'exceptions dans lesquelles l'insertion dans la loi organisant les cadres d'une administration de détails portant sur son fonctionnement et dépassant sa création par la loi, ses missions et la configuration de base du cadre du personnel, peut être envisagée. Le cas du personnel assurant la surveillance dans les établissements pénitentiaires ne rentre pas dans ces exceptions. Les auteurs du projet de loi justifient leur démarche consistant à réintroduire différents titres et fonctions en se référant à l'exemple de la Police grand-ducale et au fait que « [l]e service de surveillance constitue un corps strictement hiérarchisé où les titres et fonctions jouent un rôle prépondérant dans l'organisation du service qui doit être opérationnel 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7 et où la chaîne de commandement doit être clairement définie ». Le Conseil d'État n'est pas convaincu par la comparaison avec la Police grand-ducale et demande aux auteurs du projet de loi de reconsidérer leur approche. L'organigramme de l'administration devra permettre aux responsables d'organiser et de structurer leurs services en établissant une hiérarchie claire et transparente en introduisant, à ce niveau, si besoin en est, des titres supplémentaires.

Article 53

Sans observation.

⁹ Avis du Conseil d'État du 25 mars 2016 concernant le projet de loi modifiant la loi modifiée du 15 juin 2004 portant réorganisation de l'administration des Bâtiments Publics (doc. parl. n° 6939¹).

Avis du Conseil d'État du 15 novembre 2016 portant modification de la loi modifiée du 17 avril 1964 portant réorganisation de l'administration des contributions directes (doc. parl. n° 7007²).

¹⁰ Voir à ce sujet le guide d'utilisation concernant « La gestion par objectifs et le système d'appréciation des performances professionnelles des administrations et services de l'État » publié sur le portail de la Fonction publique : <http://www.fonction-publique.public.lu/>.

Chapitre 10 – Dispositions modificatives, abrogatoires et finales

Article 54

L'article sous examen porte modification de certaines dispositions du Code pénal.

Le point 1) reprend le libellé de l'article 44, point 1), du projet de loi n° 6382 et n'appelle pas d'observation particulière. Le Conseil d'État peut marquer son accord avec le point 2) et avec le point 3) qui reprennent le point 2) de l'article 44 du projet de loi n° 6382.

Le point 4) reprend le dispositif de l'article 337-1 que l'article 44, point 3, du projet de loi n° 6382 proposait d'insérer dans le Code pénal. Le texte proposé en 2012 disposait qu'« il n'y a pas négligence au sens (...) ». Le Conseil d'État avait vivement critiqué le texte en se référant, en particulier, aux articles 333 et 334 du Code pénal qui visent expressément la négligence des préposés. Il avait considéré que « si l'ordre du magistrat ou du médecin de ne plus appliquer certains dispositifs de sécurité est la cause de l'évasion, il n'y a pas négligence des agents et leur responsabilité n'est pas donnée en vertu des textes actuels. Si la cause de l'évasion réside dans une négligence des préposés et non pas dans la seule non-application des dispositifs de sécurité, on ne saurait pas exclure par principe une responsabilité dans leur chef en raison du simple fait qu'un dispositif particulier de surveillance n'a pas pu être appliqué. En droit, le texte sous examen est inutile dans un cas et difficile à accepter dans l'autre ». Le Conseil d'État avait recommandé très fermement d'omettre ce texte.

Les auteurs du projet de loi maintiennent ce texte mais remplacent la formule de l'absence de négligence par celle d'une « présomption d'absence de négligence ». Le Conseil d'État réitère ses réserves. Il note, en premier lieu, la formule juridique, pour le moins inhabituelle, d'une présomption d'absence de négligence et s'interroge sur la portée juridique et pratique de ce concept. En effet, l'application des articles 333 et 334 requiert la preuve de la négligence. Quelle est la portée d'une présomption de non-négligence ? Le ministère public aurait-il une charge de la preuve plus lourde ? S'agit-il, sous une formulation modifiée, d'exclure, dans certaines circonstances, l'application des dispositions pertinentes du Code pénal, ce qui est inadmissible ?

Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs sur le projet de loi n° 7087 portant adaptation de plusieurs dispositions du Code d'instruction criminelle qui propose en son article 7 d'ajouter un paragraphe 2 à l'article 190-1 du Code d'instruction criminelle qui consacre le principe de la libre comparution des prévenus à l'audience, sauf décision motivée du président du tribunal. Il est dès lors difficile d'admettre que la disposition telle que proposée aboutisse d'office à une inapplicabilité des articles 333 et 334 du Code pénal¹¹.

¹¹ Article 333 du Code pénal : Si l'évadé était poursuivi ou condamné du chef d'un crime, s'il était arrêté en vertu de la loi sur les extraditions ou s'il était prisonnier de guerre, ces préposés subiront un emprisonnement de quinze jours à un an, en cas de négligence, et un emprisonnement d'un an à cinq ans, en cas de connivence.

Article 334 du Code pénal :

Dans tous les autres cas, quelle que soit la cause pour laquelle l'évadé était détenu, les préposés seront punis, en cas de négligence, d'un emprisonnement de huit jours à trois mois, et, en cas de connivence, d'un emprisonnement de six mois à deux ans.

Article 55

L'article sous examen porte modification de certaines dispositions du Code d'instruction criminelle.

Les points 1) à 4) reprennent les dispositions des points 1) à 4) de l'article 45, du projet de loi n° 6382.

Les points 5) à 19) apportent des modifications terminologiques à certaines dispositions du Code d'instruction criminelle.

Les points 20) à 23) reprennent les dispositions des points 6) à 9) de l'article 45, du projet de loi n° 6381.

Le Conseil d'État relève que les auteurs ont recours à des concepts différents, celui d'agent pénitentiaire, celui d'agent, celui de membre du personnel de l'administration pénitentiaire et celui de membre compétent de ce personnel. L'emploi de ces concepts est difficile à saisir, d'autant plus qu'il n'y a pas de cohérence avec les termes remplacés. Il renvoie à ses considérations antérieures.

Article 56

L'article sous examen correspond en partie à l'article 51 du projet de loi n° 6382 et n'appelle pas d'observation.

Article 57

L'article sous examen correspond en partie à l'article 46 du projet de loi n° 6382 et n'appelle pas d'observation.

Article 58

Sans d'observation.

Article 59

Le Conseil d'État marque son accord avec la modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat en vue d'étendre, au profit des détenus, l'assistance judiciaire gratuite aux procédures disciplinaires devant le directeur du centre pénitentiaire.

Article 60

L'article 60 reprend les dispositions de l'article 21 du projet de loi n° 6382 et concerne la création de l'unité de psychiatrie socio-judiciaire.

Dans le projet de loi de 2012, cette unité était instituée au sein du centre pénitentiaire, même si elle était gérée de façon autonome et était placée sous une direction médicale. L'article sous examen prévoit un rattachement exprès de l'unité de psychiatrie socio-judiciaire au centre hospitalier neuropsychiatrique. Au regard de ce rattachement, le Conseil d'État considère qu'il est inutile de rappeler, au paragraphe 1^{er} de l'article 2-1, de la loi modifiée du 17 avril 1998 portant création d'un établissement

public dénommé « centre hospitalier neuropsychiatrique », qu'elle est gérée de façon indépendante par rapport au centre pénitentiaire, ceci d'autant plus que le paragraphe 5 de cet article 2-1 renvoie à une convention pour régler la coopération entre cette unité et le centre pénitentiaire. Le Conseil d'État marque son accord avec la solution du rattachement au centre hospitalier neuropsychiatrique qui répond, par ailleurs, aux soucis exprimés par le Conseil d'État dans son avis du 12 juillet 2012 et par le Collège médical. L'affirmation que l'unité est gérée de façon indépendante par rapport au centre pénitentiaire est superfétatoire une fois qu'il est précisé que c'est le Centre hospitalier neuropsychiatrique qui gère l'unité. Si les auteurs entendent maintenir cette précision, elle pourrait utilement trouver sa place au paragraphe 5 relatif à la coopération entre l'unité de psychiatrie et le centre pénitentiaire.

Le paragraphe 2 vise les personnes placées en application de l'article 71 du Code pénal et celles relevant de la loi du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux, loi qui, à son tour, se réfère à l'article 71 dans son chapitre VI. Le paragraphe 3 ajoute une référence aux détenus visés par l'article 71-1 du même code et aux détenus « de droit commun » nécessitant des soins psychiatriques ou psychologiques particuliers. Dans son avis du 13 juillet 2012, le Conseil d'État avait signalé qu'il s'agit de groupes distincts. Le régime juridique varie : placement obligatoire dans un cas, facultatif dans l'autre. Le champ d'application personnel n'est pas, en tous points, égal à celui de la loi précitée du 10 décembre 2009.

Répondant à une critique émise par le Conseil d'État en 2012, les auteurs du projet de loi sous examen limitent la procédure d'admission spécifique organisée au paragraphe 3, deuxième phrase, aux détenus visés à l'article 71-1 du Code pénal et à ceux nécessitant des soins particuliers.

Le paragraphe 4 reprend, en partie, le dispositif du paragraphe 5 de l'article 21 du projet de loi n° 6382 sur la sécurité intérieure et extérieure de l'unité en tenant compte de certaines observations formulées par le Conseil d'État dans son avis du 13 juillet 2012.

Le Conseil d'État formule des interrogations sur le paragraphe 5 qui renvoie à une convention à conclure entre le ministre et le centre hospitalier neuropsychiatrique pour ce qui est des modalités de coopération entre l'unité et le centre pénitentiaire. Il relève que le commentaire de la disposition sous examen est plus précis que le texte en ce que sont visées des questions de maintenance, de fourniture de services ou d'entraide matérielle. Le Conseil d'État signale encore que l'utilisation du concept de ministre est erronée, vu que l'article figure dans la loi modifiée du 17 avril 1998 portant création d'un établissement public dénommé « centre hospitalier neuropsychiatrique », et non pas dans la future loi sur l'administration pénitentiaire. La Convention sera conclue entre l'établissement public Centre hospitalier neuropsychiatrique et le ministre ayant des établissements pénitentiaires dans ses attributions.

Article 61

Le Conseil d'État marque son accord avec la disposition sous examen qui établit l'égalité de traitement entre les fonctionnaires et les salariés

relevant du droit commun pour ce qui est de la prise en considération des périodes d'incarcération aux fins d'établissement des droits de pension.

Article 62

L'article 62 reprend, avec quelques aménagements, les dispositions de l'article 48 du projet de loi n° 6382 et vise à modifier certaines dispositions de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police (ci-après « la loi du 31 mai 1999 ») concernant le transport des détenus.

Point 1)

Le Conseil d'État renvoie à son avis du 13 juillet 2012, où il s'était interrogé sur la nécessité d'une requête formelle du procureur d'État à la police pour le transport d'un détenu de Givenich vers un autre centre. Le texte sous avis se réfère au procureur général d'État, mais maintient l'exigence d'une requête.

Point 2)

Sans observation

Point 3)

Le Conseil d'État rappelle une observation déjà émise en 2012, à savoir que le point sous examen est superflu, vu qu'il se limite à introduire dans la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police un renvoi à la loi portant réforme de l'administration pénitentiaire.

Point 4)

Le Conseil d'État renvoie encore une fois à son avis du 13 juillet 2012 où il avait relevé que la disposition définissant les missions qui restent assignées à l'administration pénitentiaire, même à titre transitoire, est à insérer dans la loi sur l'administration pénitentiaire et non pas dans la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police. Aussi, le Conseil d'État propose-t-il de prévoir une disposition autonome dont l'objet est de modifier la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police.

Article 63

L'article sous examen reprend, avec des adaptations, l'article 49 du projet de loi n° 6382. Il s'agit de modifier la loi du 10 décembre 2009 relative à l'hospitalisation sans leur consentement de personnes atteintes de troubles mentaux en relation avec la création de l'unité de psychiatrie visée à l'article 60. La réserve d'application de la loi du 17 avril 1998, précitée, est superflue.

Article 64

Le Conseil d'État marque son accord avec la disposition sous examen qui établit l'égalité de traitement entre les fonctionnaires et les salariés

relevant du droit commun pour ce qui est du versement des pensions pendant la période d'incarcération.

Article 65

Sans observation.

Article 66

L'article sous examen reprend le dispositif de l'article 52 du projet de loi n° 6382 et n'appelle pas d'observation.

Articles 67 à 69

Sans observation

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Si la loi en projet qui se réfère au « Code d'instruction criminelle » entre en vigueur postérieurement à la loi renforçant les garanties procédurales en matière pénale¹², qui change la dénomination du « Code d'instruction criminelle » en « Code de procédure pénale », les références au « Code d'instruction criminelle » devront être remplacées par la nouvelle dénomination.

Pour ce qui est du groupement d'articles sous un chapitre, l'intitulé de celui-ci est précédé d'un tiret et se termine sans point final. Il est recommandé de ne pas employer la forme latine « de + ablatif » pour le libellé des intitulés de chapitre, étant donné que cette forme est désuète en français moderne.

À titre d'exemple : **Chapitre 1^{er} – Dispositions générales**

¹² Loi renforçant les garanties procédurales en matière pénale portant :

- transposition de la directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales ;
- transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ;
- transposition de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires ;
- transposition de la directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité ;
- changement de l'intitulé du Code d'instruction criminelle en « Code de procédure pénale » ;

modification :

- du Code de procédure pénale ;
- du Code pénal ;
- de la loi du 7 juillet 1971 portant en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés ;
- de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ;
- de la loi modifiée du 20 juin 2001 sur l'extradition ;
- de la loi modifiée du 17 mars 2004 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres de l'Union européenne

(Adoptée le 9 février 2017, non encore promulguée)

L'emploi de tirets est à écarter. En effet, la référence à des dispositions introduites de cette manière est malaisée, tout spécialement à la suite d'insertions ou de suppressions de tirets ou de signes opérées à l'occasion de modifications ultérieures.

Les subdivisions complémentaires en points, caractérisés par un numéro suivi d'un exposant « » (1°, 2°, 3°, ...), eux-mêmes éventuellement subdivisés en lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante (a), b), c), ...), sont utilisées pour caractériser des énumérations.

Par ailleurs, les énumérations sont introduites par un deux-points. Chaque élément commence par une minuscule et se termine par un point-virgule, sauf le dernier qui se termine par un point. En procédant de cette manière, les renvois à l'intérieur du dispositif sont à adapter en conséquence.

Lorsqu'il est renvoyé à un paragraphe dans le corps du dispositif d'un article, il faut omettre les parenthèses entourant le chiffre faisant référence au paragraphe dont il s'agit. Il convient donc de systématiquement renvoyer au « paragraphe 1^{er} » et non pas au « paragraphe (1) » ou encore au « premier paragraphe ».

Exemple : « l'article 6, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, point 1°, de la loi », et non pas « le point 1 de la phrase 2 de l'alinéa 1 du premier paragraphe de l'article 6 de la loi ».

Lorsqu'il est fait référence à un terme latin ou à des qualificatifs tels que « *bis* » ou « *ter* », ceux-ci sont à écrire en caractères italiques.

Les institutions, juridictions, administrations, organismes, etc., prennent une majuscule au premier substantif. Partant, il est indiqué d'écrire « Admⁱⁿistration pénit^{en}ti^{er}aire, Proc^ureur gé^{né}ral de l'Etat, Cham^bre de l'app^lication des peines, Cen^tre pénit^{en}ti^{er}aire de Luxembourg, Instit^ut de formation pénit^{en}ti^{er}aire, etc. ». Lorsque les termes génériques sont visés, tous les substantifs s'écrivent en lettres minuscules : les tribunaux d'arrondissement, les chambres professionnelles. Aussi, les qualificatifs des fonctions gouvernementales et d'autres charges publiques prennent la minuscule.

Intitulé

Les actes destinés à être modifiés sont énoncés à l'intitulé dans l'ordre dans lequel ils figurent au dispositif. S'il y en a plusieurs, chaque acte référé est à faire précéder d'un chiffre cardinal arabe suivi de l'exposant « ° ».

Article 2

À l'endroit du point d) (point 4° selon le Conseil d'État), il est fait référence aux articles 697 et suivants du Code d'instruction criminelle. Or, les dispositions auxquelles il est référé font partie de loi portant réforme de l'exécution des peines (doc. parl. n° 7041), en projet. Dès lors, il convient de veiller à une entrée en vigueur concomitante des deux projets de loi.

Article 22

Le terme « respectivement » est mal utilisé. Il convient de le remplacer par les termes de liaison « et » ou « ou » selon le sens recherché.

Article 28

Au paragraphe 3, il est fait référence aux articles 679 à 682 du Code d'instruction criminelle relatif à l'exécution fractionnée des peines et de la semi-liberté. Toutes, ces dispositions font partie du projet de loi portant réforme de l'exécution des peines (doc. parl. n° 7041). Il convient de veiller à une entrée en vigueur concomitante des deux projets de lois.

Article 30

Il convient d'écrire aux paragraphes 1^{er}, 2 et 3, « ... placés sous le régime ... ».

Article 31

L'emploi de superlatifs pouvant prêter à des appréciations divergentes est à omettre. Partant, au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, il est indiqué de supprimer les mots « de façon grave et imminente ».

Article 46

Le Conseil d'État note qu'au paragraphe 1^{er}, la lettre a) fait défaut. Il convient dès lors de procéder à une renumérotation de l'énumération y prévue.

Article 47

À l'endroit du paragraphe 3, il y a lieu d'écarter le mot « spécialement ». En effet, les adverbes de gradation sont à omettre dans les textes normatifs.

Aux paragraphes 2, 3, et 4, il convient de se référer à l'article 46, paragraphe 3, points b) et c) et non pas à l'article 46, paragraphe 2, points b) et c).

Article 62

Au point 3°, la date relative à l'acte dont il est question fait défaut. Une fois que celle-ci est connue, elle devra être introduite au moment de la signature de l'acte par l'autorité compétente.

Il convient de citer correctement l'intitulé de la loi qu'il est proposé de modifier et d'écrire « loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de Police ».

Article 65

Le Conseil d'État réitère les observations qu'il a faites concernant l'intitulé du projet de loi sous avis, en précisant que dans l'ordonnancement des articles du projet de loi, les dispositions modificatives précèdent les

dispositions abrogatoires. La modification du Code de la sécurité sociale consistant dans la suppression de l'article 16, point 4, de l'article 18, alinéa 3 ainsi que l'article 210 de ce code, devra ainsi être opérée dans un article à part, précédant l'article sous avis.

Article 66

Le terme « respectivement » est mal employé au paragraphe 2. Il convient de le remplacer par les termes de liaison « et » ou « ou » selon le sens recherché.

Article 69

La date relative à l'acte dont question fait défaut. Une fois que celle-ci est connue, elle devra être introduite au moment de la signature de l'acte par l'autorité compétente.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 17 mars 2017.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Wivenes