



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de loi 5356

Projet de loi relatif aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle

Date de dépôt : 16-06-2004

Date de l'avis du Conseil d'État : 23-12-2005

Auteur(s) : Monsieur Luc Frieden, Ministre de la Justice

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
12-07-2006	Résumé du dossier	Résumé	<u>3</u>
16-06-2004	Déposé	5356/00	<u>7</u>
19-11-2004	Avis de la Commission Nationale pour la Protection des Données - Dépêche de la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement (19.11.2004)	5356/01	<u>46</u>
27-01-2005	1) Dépêche de la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (27.1.2005) 2) Avis du Procureur général d'Etat (14.1.2005)	5356/02	<u>66</u>
23-12-2005	Avis du Conseil d'Etat (23.12.2005)	5356/03	<u>77</u>
31-01-2006	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission juridique	5356/04	<u>94</u>
14-02-2006	Avis complémentaire du Conseil d'Etat (14.2.2006)	5356/05	<u>107</u>
27-03-2006	Amendements adoptés par la/les commission(s) : Commission juridique	5356/06	<u>110</u>
02-05-2006	Deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat (2.5.2006)	5356/07	<u>121</u>
31-05-2006	Rapport de commission(s) : Commission juridique Rapporteur(s) :	5356/08	<u>124</u>
12-06-2006	CORRIGENDUM Dans le document parlementaire N° 5356/8, à la page 26, Art. 48-5. (3), troisième ligne, il y a lieu de lire: " ... si ces faits emportent une peine criminelle ou une pei [...]	5356/09	<u>155</u>
14-07-2006	Dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat (14-07-2006) Evacué par dispense du second vote (14-07-2006)	5356/10	<u>158</u>
28-06-2006	Création d'un institut de Médecine Légale	Document écrit de dépôt	<u>161</u>
31-12-2006	Publié au Mémorial A n°163 en page 2984	5356	<u>163</u>

Résumé

N° 5356

Projet de loi

relatif aux procédures d'identification des empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle

1. Objet du projet de loi sous rubrique

Le projet de loi sous rubrique vise à conférer une base légale adéquate à l'établissement de profils d'ADN et le traitement des données y relatives, conformément aux principes relatifs au traitement de données à caractère personnel. Ce faisant, il renforce les moyens de lutte contre la criminalité y compris contre la criminalité transfrontalière et le terrorisme international.

Le projet de loi sous rubrique s'inscrit dans un contexte européen et international marqué par la volonté de réglementer l'utilisation des analyses ADN et de promouvoir l'échange des résultats de ces analyses afin d'intensifier la coopération transfrontalière en matière pénale. Le projet de loi 5514, actuellement pendant devant la Chambre des Députés et qui porte, entre autres, approbation du Traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, constitue un exemple patent de cette volonté. Les instruments juridiques européens et internationaux ayant pour but de mener une politique commune en matière criminelle et ayant trait à l'utilisation des profils d'ADN comme moyen de preuve sont nombreux. On peut encore citer :

- une Recommandation du Conseil de l'Europe du 10 février 1992 sur l'utilisation de l'ADN dans le cadre de la justice pénale, ou encore
- deux Résolutions du Conseil de l'Union européenne du 9 juin 1997 respectivement du 25 juin 2001 relatives à l'échange des résultats des analyses d'ADN.

L'urgence de légiférer en la matière apparaît dès lors clairement d'autant plus que le Luxembourg est un des seuls Etats membres de l'Union européenne à ne pas disposer d'un cadre juridique propre aux procédures d'identification au moyen de l'ADN en matière pénale.

2. Les principaux aspects du projet de loi sous rubrique

1. Finalité du recours aux empreintes génétiques : l'identification d'une personne dans le cadre d'une enquête pénale

Le projet de loi entend régler le recours aux empreintes génétiques en vue de l'identification d'une personne, dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en matière pénale. L'article 1^{er} du projet de loi sous rubrique définit clairement et de manière positive l'objet du texte en discussion. La finalité de l'analyse d'ADN est ainsi clairement circonscrite. Ainsi convient-il de délimiter le champ d'application du projet de loi sous rubrique. Le recours aux empreintes génétiques ne peut se faire que si cela s'avère nécessaire dans un cadre bien précis, à savoir une enquête pénale.

2. Le prélèvement de cellules humaines peut s'effectuer sous contrainte physique

Les profils d'ADN peuvent provenir de personnes qui ont consenti au prélèvement ou de personnes pour lesquelles le prélèvement a été exercé sous la contrainte physique.

Comme le font remarquer à juste titre les auteurs du projet de loi en discussion, le prélèvement de cellules humaines sous la contrainte physique constitue un élément délicat du projet de loi sous rubrique, alors qu'il a trait à l'intégrité physique humaine.

Certes, il résulte de textes internationaux en vigueur que le droit à l'intégrité physique n'est pas un droit absolu. Des atteintes à ce droit sont admises, dès lors qu'elles sont proportionnées par rapport à la finalité recherchée.

Le prélèvement de cellules humaines sous la contrainte physique n'est possible, d'après le projet de loi sous rubrique, que si la personne concernée paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et que si les faits emportent une peine criminelle ou correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. Il s'ensuit que le prélèvement de cellules humaines ne peut être imposé pour des infractions mineures.

L'atteinte à l'intégrité physique que constitue la contrainte peut être acceptée après pondération des intérêts de la société et des victimes dans le cadre de l'élucidation de certains délits graves. Le prélèvement sous contrainte physique apparaît dans cette hypothèse comme un mal tolérable au regard de la recherche de la vérité. A noter que la contrainte physique est exclue pour la prise de sang. Dans cette hypothèse le prélèvement de cellules humaines nécessaire à l'établissement d'un profil d'ADN se fera par le biais de l'une des deux autres techniques admises : le frottis buccal ou la collecte de bulbes pileux.

A noter encore que seuls des magistrats peuvent ordonner qu'un prélèvement puisse être effectué sous la contrainte. Il s'agit plus précisément du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

A noter in fine que le prélèvement sous contrainte peut être effectué sur des personnes autres que le suspect direct c.-à-d. sur des personnes qui ne sont pas, ou pas encore, considérées comme suspects, mais qui sont néanmoins impliquées dans la genèse des faits, comme par exemple la victime ou une personne qui se trouvait sur les lieux du crime peu avant l'acte commis.

S'il est important de circonscrire le champ d'application du projet de loi sous rubrique et de déterminer précisément les personnes auxquelles un prélèvement sous contrainte peut être imposé, il ne faut pas oublier la finalité première du texte en discussion, à savoir rechercher la vérité. Il peut dès lors être important que de nombreuses personnes puissent subir un prélèvement. Un champ d'application trop étroit n'aurait pas permis d'atteindre cet objectif. Par ailleurs, en ne limitant pas les analyses d'ADN aux seules personnes présentant d'ores et déjà des indices graves de culpabilité, on évite que cette technique ne soit réduite à un instrument servant à fournir des éléments à charge, en vue de corroborer les preuves déjà existantes.

3. Deux genres de traitements des données à caractère relatives aux empreintes génétiques : le traitement ADN criminalistique et le traitement ADN condamnés.

Le projet de loi sous examen prévoit deux genres de traitements des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques, à savoir, d'une part, le traitement ADN criminalistique qui concerne les profils d'ADN établis et traités dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en cours, et, d'autre part, le traitement ADN condamnés qui concerne les empreintes génétiques de personnes ayant été condamnées à une peine d'emprisonnement ou une peine plus lourde. Chaque genre de traitement répond à un régime légal qui lui est propre.

A noter que par traitement ADN, on entend l'insertion dans un fichier de profils ADN, ainsi que leur modification, consultation, comparaison et communication aux fins d'identification.

Les traitements d'ADN sont effectués sous la responsabilité du procureur général d'Etat, qui peut toutefois déléguer l'exercice de ces attributions à un magistrat du parquet général.

Les données des traitements d'ADN tant criminalistique que condamnés peuvent être communiquées non seulement aux autorités nationales compétentes, mais également aux experts dans l'intérêt des missions qui leur sont confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans le cadre d'une enquête pénale. La communication de telles données est également autorisée à d'autres Etats, organisations ou institutions internationales, en application de dispositions de droit international. Les autorités luxembourgeoises peuvent également consulter des données d'ADN gérées par d'autres Etats ou des organismes internationaux. De telles possibilités sont nécessaires, si on souhaite optimiser la coopération internationale en matière de lutte contre la criminalité transfrontalière et le terrorisme internationales. Il échet de souligner que la consultation par le Luxembourg de données gérées par des Etats étrangers ou des institutions internationales doit s'effectuer dans le respect des dispositions du texte sous rubrique.

5356/00

N° 5356

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

PROJET DE LOI

relatif aux procédures d'identification par empreintes
génétiques en matière pénale et portant modification du
Code d'instruction criminelle

* * *

*(Dépôt: le 16.6.2004)***SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (28.5.2004)	1
2) Texte du projet de loi	2
3) Exposé des motifs.....	9
4) Commentaire des articles	12

*

ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

Article unique.— Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi relatif aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle.

Palais de Luxembourg, le 28 mai 2004

Le Ministre de la Justice,

Luc FRIEDEN

HENRI

*

TEXTE DU PROJET DE LOI

Chapitre I. – De l'établissement des empreintes génétiques

Art. 1er. L'établissement d'un code alphanumérique sur la base de l'analyse de plusieurs marqueurs d'acide désoxyribonucléique (ci-après „profil d'ADN“), effectuée à partir de cellules humaines découvertes ou prélevées conformément aux articles 48-3 à 48-8 du Code d'instruction criminelle, ainsi que le traitement des données à caractère personnel y afférentes doivent être opérés conformément aux dispositions de la présente loi.

Art. 2. (1) Les profils d'ADN sont établis, après l'amplification de l'ADN de cellules humaines par l'application de la réaction polymérase en chaîne (*Polymérase Chain Reaction*, „PCR“), sur base de sept marqueurs d'ADN („loci“) au moins.

(2) Outre les données visées au paragraphe (1), l'ADN mitochondrial peut également être déterminé à titre de test complémentaire. Toutefois, ce test ne peut être effectué à lui seul comme méthode comparative au sens des articles 48-3 à 48-8 du Code d'instruction criminelle.

(3) Les marqueurs visés au paragraphe (1) du présent article sont déterminés par règlement grand-ducal.

Art. 3. (1) Avant de procéder à l'établissement du profil d'ADN proprement dit conformément aux articles 1 et 2, l'expert chargé procède à une description des cellules et à des tests d'orientation préalables pour déterminer la nature et l'origine du matériel biologique.

(2) L'expert compare le profil d'ADN des cellules prélevées avec celui des cellules découvertes. Il adresse à ce sujet un rapport motivé au procureur d'Etat ou au juge d'instruction ayant ordonné l'analyse d'ADN. Ce rapport contient, outre les données contenues dans le procès-verbal de prélèvement, la description détaillée des échantillons, les autres tests qui ont éventuellement été effectués, les résultats de l'analyse d'ADN, le résultat de la comparaison des profils d'ADN, une interprétation de la signification de la comparaison et une probabilité statistique qui indique dans quelle mesure l'identification positive diffère d'une correspondance fortuite.

(3) Dans l'hypothèse où aucun résultat n'a été obtenu pour les cellules prélevées ou si le profil d'ADN ne fournit pas assez d'informations pour pouvoir procéder à une comparaison, l'expert informe le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné l'analyse d'ADN des autres techniques qui pourraient être utilisées pour néanmoins pouvoir effectuer éventuellement une comparaison.

Chapitre II. – Du traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques

Section I. – Dispositions communes aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés

Art. 4. (1) Les profils d'ADN visés par la présente loi peuvent seulement être traités avec les informations suivantes:

1. le nom complet, la date de naissance et le sexe de la personne sur laquelle les cellules ont été prélevées ou, en cas de cellules humaines découvertes, le lieu exact, la date et l'heure auxquels les cellules humaines ont été découvertes;
2. la référence du dossier de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans le cadre de laquelle le prélèvement a été effectué ou les cellules humaines découvertes;
3. le numéro attribué à l'échantillon de cellules humaines lors de sa remise à l'expert;
4. la désignation exacte du laboratoire et l'identité de l'expert ayant procédé à l'établissement du profil d'ADN;
5. le nom du magistrat ayant ordonné le prélèvement;

6. les faits pour lesquels l'établissement du profil d'ADN a été ordonné;
7. la ou les qualités en vertu desquelles le profil d'ADN d'une personne déterminée a été établi ainsi que, le cas échéant, les dates lors desquelles ces qualités ont changé;
8. les informations relatives aux comparaisons positives qui ont été faites entre le profil d'ADN en cause et d'autres profils d'ADN;
9. pour autant que le traitement ADN condamnés est concerné, la juridiction, la date, les peines et les faits pour lesquels une condamnation a été prononcée;
10. les informations visées à l'article 5.

(2) Un profil d'ADN établi est à considérer comme donnée à caractère personnel, au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, à partir du moment où le code alphanumérique de l'analyse d'ADN a été associé à une information relative à la personne physique en cause permettant de l'identifier.

Art. 5. Lors de chaque consultation d'un profil d'ADN, de chaque comparaison entre plusieurs profils d'ADN ou de chaque modification des données relatives à un profil d'ADN, les informations suivantes doivent être enregistrées:

1. les noms et prénoms de la personne physique ayant procédé à l'opération en cause;
2. la date et l'heure de l'opération;
3. la référence du dossier de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans le cadre de laquelle l'opération a été effectuée.

Art. 6. (1) Les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés sont effectués sous la responsabilité du procureur général d'Etat; il peut déléguer l'exercice de ses attributions à un magistrat du parquet général.

(2) Les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés ne peuvent faire l'objet d'aucune interconnexion, entre eux ou avec d'autres traitements de données à caractère personnel, autre que celles prévues par la présente loi.

Art. 7. La communication des données des traitements ADN criminalistique et ADN condamnés est autorisée:

1. aux autorités judiciaires nationales pour tout ce qui est de leur compétence;
2. aux experts dans l'intérêt des missions leur confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans le cadre des enquêtes préliminaires et instructions préparatoires dont ces magistrats sont saisis;
3. à d'autres Etats et organisations ou institutions internationales, en application du droit de l'Union européenne ou de conventions internationales et accords intergouvernementaux.

Section II. – Du traitement ADN criminalistique

Art. 8. Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN criminalistique“ au sens de la présente loi toute opération ou ensemble d'opérations, telles que prévues par l'article 2 litt. (s) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, appliquées à un profil d'ADN et effectuées afin de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle.

Art. 9. (1) Le traitement d'un profil d'ADN consistant dans l'insertion de ce profil, ou des données y relatives telles que visées à l'article 4, dans le traitement ADN criminalistique est effectué sur décision du procureur d'Etat ou du juge d'instruction ayant ordonné l'établissement du profil d'ADN en cause dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire dont il est saisi.

(2) L'insertion dans le traitement ADN criminalistique d'un profil d'ADN établi sur base de cellules humaines découvertes au sens de l'article 48-4 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, ou

d'informations y relatives telles que visées à l'article 4, est effectuée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction, ou par un officier de police judiciaire agissant sur instruction d'un de ces magistrats.

(3) L'insertion dans le traitement ADN criminalistique d'un profil d'ADN établi sur base de cellules humaines prélevées sur une personne déterminée, volontairement ou sous contrainte physique, est effectuée lorsque la comparaison visée à l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle a été positive. Si le profil d'ADN en cause fait déjà l'objet du traitement ADN criminalistique, les informations y relatives telles que visées à l'article 4 y sont ajoutées.

En cas de comparaison négative, le profil d'ADN n'est pas inséré au traitement ADN criminalistique.

Art. 10. (1) Un profil d'ADN ayant pu être attribué à une personne déterminée ainsi que les informations y relatives peuvent faire l'objet du traitement ADN criminalistique jusqu'au jour où:

1. la personne à laquelle il se rapporte a été acquittée, par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée, pour les faits ayant donné lieu à l'établissement de son profil d'ADN;
2. les faits ayant donné lieu à l'établissement du profil d'ADN en cause sont prescrits;
3. un délai de 10 ans s'est écoulé après le décès de cette personne.

(2) Toutefois, notwithstanding le paragraphe précédent, les informations y visées peuvent néanmoins être maintenues au traitement ADN criminalistique si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une comparaison positive en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire qui justifient le maintien de ces informations au traitement ADN criminalistique.

(3) En cas de condamnation, coulée en force de chose jugée, d'une personne à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde, les données relatives au profil d'ADN de cette personne font l'objet du traitement ADN condamnés visé à la section III.

(4) Le profil d'ADN qui n'a pas pu être attribué à une personne déterminée ne peut plus faire l'objet d'un traitement ADN criminalistique 30 ans après son établissement.

(5) Tout traitement des données faisant l'objet du traitement ADN criminalistique autre que l'insertion, la consultation, la comparaison ou l'ajout d'une des informations visées à l'article 4 doit faire l'objet d'une autorisation du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Section III. – Du traitement ADN condamnés

Art. 11. (1) Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN condamnés“ au sens de la présente loi toute opération ou ensemble d'opérations, telles que prévues par l'article 2 litt. (s) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, appliquées aux profils d'ADN visés au paragraphe suivant et effectuées afin de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle.

(2) Sans préjudice de l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, ne peuvent faire l'objet du traitement ADN condamnés que:

1. les profils d'ADN faisant partie du traitement ADN criminalistique qui ont pu être attribués à une personne déterminée ayant fait l'objet d'une condamnation définitive à une peine d'emprisonnement ou une peine plus lourde, et
2. les profils d'ADN établis en exécution de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle.

(3) Les profils d'ADN visés au paragraphe précédent sont insérés au traitement ADN condamnés sur décision du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Art. 12. (1) Les profils d'ADN faisant l'objet du traitement ADN condamnés ne sont accessibles à des fins de consultation et de comparaison qu'au procureur d'Etat et au juge d'instruction saisis d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire dans le cadre de laquelle un profil d'ADN a été établi, ainsi qu'aux experts dans l'intérêt des missions leur confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

(2) Tout traitement des données faisant l'objet du traitement ADN condamnés autre que la consultation ou la comparaison doit faire l'objet d'une autorisation préalable du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Art. 13. Un profil d'ADN, ainsi que les données à caractère personnel y afférentes, ne peuvent plus faire l'objet du traitement ADN condamnés 10 ans après le décès de la personne à laquelle ces informations se rapportent.

Art. 14. (1) Les dispositions des articles 5, 9 paragraphes (1) et (3), 10 paragraphes (1) à (4), 11 paragraphe (2), 12 paragraphe (1) et 13 sont à observer sous peine de nullité.

(2) Les dispositions des articles 48-9 et 126 à 126-2 du Code d'instruction criminelle sont respectivement applicables aux demandes en nullité des actes posés en application des articles 1er à 13 de la présente loi, suivant que l'article en cause a été posé dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire.

Art. 15. (1) En dehors des hypothèses visées par l'article 14, la personne concernée peut, par simple requête, présenter une demande en nullité d'un acte posé par le procureur général d'Etat en exécution de la présente loi à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de son domicile ou du lieu de sa résidence habituelle ou, à défaut, du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Cette requête doit être déposée, sous peine de forclusion, dans un délai de dix jours à partir de la connaissance de l'acte par le requérant. La requête est communiquée au procureur général d'Etat par la voie du greffe qui avise les parties du jour, de l'heure et du lieu de l'audience au moins huit jours à l'avance par lettre recommandée. La personne concernée, son conseil et le ministère public ont seuls le droit d'y assister et de fournir tels mémoires et de faire telles réquisitions, verbales ou écrites, qu'ils jugent convenables. La chambre du conseil statue sur la demande par un jugement qui est susceptible d'appel et d'un recours en cassation.

(2) L'appel est porté devant la chambre du conseil de la cour d'appel. Il est consigné sur un registre tenu à cet effet au greffe du tribunal d'arrondissement dont relève la chambre du conseil. Il doit être formé dans un délai de dix jours, qui court contre le ministère public à compter du jour de l'ordonnance et contre la personne concernée à compter du jour de la notification de l'ordonnance. Le greffier avertit la partie intimée de la déclaration d'appel dans les vingt-quatre heures de la consignation sur le registre.

(3) La personne concernée, son conseil et le procureur général d'Etat, qui sont avertis par le greffier au moins huit jours à l'avance du jour, de l'heure et du lieu de l'audience, ont seuls le droit d'y assister et de fournir tels mémoires et de faire telles réquisitions, verbales ou écrites, qu'ils jugent convenables.

(4) Les formalités du présent article sont à observer à peine de nullité, sauf si la personne concernée ou son conseil y a renoncé. Les notifications et avertissements visés au présent article se font dans les formes prévues pour les notifications en matière répressive. Le recours en cassation est soumis aux dispositions du Code d'instruction criminelle y afférentes.

(5) La demande en nullité visée au présent article est irrecevable lorsque le ou les actes argués de nullité ont été posés par ou sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans un des cas prévus à l'article 48-3 paragraphe (1) du Code d'instruction criminelle.

Chapitre III. – Dispositions modificatives

Art. 16. Le Code d'instruction criminelle est respectivement modifié et complété comme suit:

1. Il est inséré au titre II du livre I du Code d'instruction criminelle un chapitre IV rédigé comme suit:

„Chapitre IV. – Des procédures d'identification par empreintes génétiques

Art. 48-3. (1) Un profil d'acide désoxyribonucléique (ci-après „ADN“) d'une personne ne peut être établi qu'en vue de la comparaison de ce profil avec d'autres profils d'ADN aux fins de pouvoir identifier des personnes concernées par une infraction ou par une des hypothèses prévues aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6) et 47-1, ainsi qu'aux fins de

l'application de l'article 48-7. Dans tous les cas, les profils d'ADN ne peuvent être établis que sur base de segments d'ADN non codants.

(2) Le procureur d'Etat, conformément aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphe (2), 45 paragraphe (6) et 47-1, et le juge d'instruction, conformément aux articles 44 paragraphe (4) et 51 paragraphe (2), peuvent ordonner qu'il soit procédé à un prélèvement de cellules humaines sur une personne aux fins de l'établissement d'un profil ADN de comparaison.

(3) A l'exception des hypothèses prévues par les articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6) et 48-7, le prélèvement de cellules humaines ne peut être ordonné que si des cellules humaines ont été découvertes et recueillies dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dont le procureur d'Etat ou le juge d'instruction est saisi.

Art. 48-4. (1) Les cellules humaines nécessaires à l'établissement du profil d'ADN peuvent être obtenues par un frottis buccal, par un prélèvement de bulbes pileux ou par une prise de sang. Le frottis buccal et le prélèvement de bulbes pileux sont effectués par un membre de la police grand-ducale ayant au moins la qualité d'agent de police judiciaire; pour effectuer une prise de sang, un médecin doit être requis. Le prélèvement de cellules humaines doit toujours être exécuté sous la surveillance et en présence d'un officier de police judiciaire.

(2) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction peuvent également ordonner qu'il soit procédé à l'établissement d'un profil d'ADN sur la base de cellules humaines qui ont été découvertes et recueillies dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dont ils sont saisis. Les profils d'ADN ainsi établis font l'objet des traitements prévus à l'article 48-6 paragraphes (1) à (3) et à l'article 9 paragraphe (2) de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

Art. 48-5. (1) La personne au sujet de laquelle un prélèvement de cellules humaines a été ordonné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction est informée de cette décision. En cas d'accord de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines, elle doit être informée, préalablement au prélèvement, des circonstances des faits faisant l'objet de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire et notamment du fait qu'elle a le choix entre les trois modalités de prélèvement visées à l'article 48-4 paragraphe (1) et que le profil d'ADN établi sur base du prélèvement effectué sur sa personne fera l'objet des traitements visés à l'article 48-6 paragraphes (1) à (3) du présent Code ainsi qu'aux articles 9 paragraphe (3) et 11 paragraphe (2) de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

(2) Il est fait mention des informations visées au paragraphe précédent dans l'accord écrit de la personne concernée. Si celle-ci n'a pas encore atteint l'âge de 14 ans révolus, l'accord devra être donné par son représentant légal conformément aux dispositions du paragraphe précédent.

(3) En l'absence d'accord de la personne concernée, le prélèvement peut être effectué sous contrainte physique si cette personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et si ces faits sont susceptibles de constituer une infraction punie d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est de deux ans au moins. Le refus de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines sera consigné au procès-verbal visé à l'article 48-8.

(4) A l'exception de la prise de sang, les mesures visées à l'article 48-4 paragraphe (1) peuvent être exécutées sous contrainte physique.

Art. 48-6. (1) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction désignent un expert pour dresser le profil d'ADN des cellules humaines prélevées.

(2) Le profil d'ADN ainsi établi peut être comparé:

1. avec les autres profils d'ADN dressés dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans laquelle le profil d'ADN en cause a été établi, et
2. avec les profils d'ADN des personnes dont le profil a été établi en application des articles 48-3 à 48-5 et qui font l'objet du traitement ADN criminalistique visé par la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale, et
3. avec les profils d'ADN qui font l'objet du traitement ADN condamnés visé par la même loi.

(3) Dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les traitements de données consistant dans la consultation et la comparaison des profils d'ADN sont effectués par le procureur d'Etat ou par le juge d'instruction saisis par une enquête préliminaire ou une instruction préparatoire dans le cadre de laquelle l'établissement d'un profil d'ADN paraît justifié ou a été effectué, ainsi que, sous la responsabilité de ces magistrats, par les experts dans l'intérêt des missions leur confiées et par les officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

(4) Lorsque des cellules humaines ont été prélevées sur une personne déterminée en vue de l'établissement d'un profil d'ADN, volontairement ou sous contrainte physique, le résultat de la comparaison visée au paragraphe précédent est communiqué à l'intéressé endéans les deux mois après que le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné la comparaison en a pris connaissance. Cette communication est effectuée soit par lettre recommandée à la poste, soit verbalement par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné la comparaison, ou par un officier de police judiciaire agissant sur instruction d'un de ces magistrats. La communication verbale du résultat doit faire l'objet d'un procès-verbal ou d'un acte d'instruction. Sur décision motivée du procureur d'Etat ou du juge d'instruction ayant ordonné la comparaison en cause, le délai de communication du résultat peut être porté à un an si les intérêts de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire l'exigent.

Art. 48-7. (1) Il sera procédé, au besoin sous contrainte physique, à un prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement d'un profil sur chaque personne qui a été condamnée par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde pour:

1. les infractions d'attentats et de complots visant la personne du Grand-Duc, la famille grand-ducale, la forme du Gouvernement ainsi que la sûreté extérieure et intérieure du Grand-Duché de Luxembourg, prévues aux articles 101 à 133 du Code pénal;
2. les infractions de terrorisme prévues aux articles 135-1 à 135-6 du Code pénal;
3. les infractions de torture prévues aux articles 260-1 à 260-4 du Code pénal;
4. les infractions d'association de malfaiteurs et de participation à une organisation criminelle prévues aux articles 322 à 325 du Code pénal;
5. les infractions d'enlèvement de mineurs prévues aux articles 364 à 371-1 du Code pénal;
6. les infractions d'attentat à la pudeur et de viol prévues aux articles 372 à 378 du Code pénal;
7. les infractions relatives à la prostitution, à l'exploitation et à la traite des êtres humains prévues aux articles 379 et 379bis du Code pénal;
8. l'infraction sexuelle en relation avec des mineurs prévue à l'article 384 du Code pénal;
9. les infractions de meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement, homicide volontaire non qualifié de meurtre, et de coups et blessures volontaires prévues aux articles 393 à 409 du Code pénal;
10. les infractions de séquestration prévues aux articles 434 à 438 du Code pénal;
11. l'infraction de prise d'otages prévue à l'article 442-1 du Code pénal;
12. les infractions de vol et d'extorsion prévues aux articles 467 à 476 du Code pénal;
13. les infractions relatives aux incendies volontaires prévues aux articles 510 à 520 du Code pénal;
14. les infractions prévues par la loi du 8 août 1985 portant répression du génocide.

(2) La décision de placement prononcée conformément à l'article 71 du Code pénal pour une des infractions visées au paragraphe (1) est assimilée, pour les besoins de l'application du présent article, à une condamnation pour cette infraction.

(3) L'établissement des profils d'ADN en exécution du présent article est effectué sous l'autorité du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué à cette fin, conformément aux articles 48-3 paragraphe (1), 48-4 paragraphe (1), 48-5, 48-6 paragraphe (1) et 48-8 paragraphe (1), ainsi qu'aux articles 1 à 3 de la loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

(4) Les dispositions du présent article s'appliquent également aux personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère et qui purgent tout ou partie de leur peine sur le territoire luxembourgeois, lorsque la condamnation prononcée remplit les conditions

prévues par le paragraphe (1) du présent article. Pour déterminer si la personne concernée a été condamnée pour une des infractions visées au paragraphe (1), les faits pour lesquels la condamnation a été prononcée sont pris en considération alors même que, d'après la loi luxembourgeoise et la loi de l'Etat de condamnation, l'infraction n'est pas qualifiée par une terminologie identique ou similaire et qu'il n'y a pas de concordance des éléments constitutifs des infractions dans les droits luxembourgeois et étranger.

Art. 48-8. (1) Lors de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN, et dans la mesure du possible, les informations suivantes doivent figurer au procès-verbal y afférent dressé par l'officier de police judiciaire:

1. L'accord ou le refus de la personne concernée, respectivement de son représentant légal, de se soumettre au prélèvement des cellules humaines;
2. le lieu, la date et l'heure auxquelles les cellules humaines ont été découvertes ou prélevées;
3. les noms et prénoms, la date de naissance, le lieu de naissance et le sexe de la personne dont les cellules ont été prélevées;
4. la référence du dossier de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans le cadre de laquelle la découverte ou le prélèvement des cellules humaines a été effectué ou, pour les prélèvements visés à l'article 48-7, la référence à la condamnation pénale en cause ainsi qu'à la décision du procureur général d'Etat de procéder au prélèvement;
5. les noms et prénoms du magistrat ayant ordonné le prélèvement et de l'agent de police judiciaire ou de l'expert qui y a procédé;
6. une description des conditions dans lesquelles le prélèvement a été effectué.

(2) Les dispositions des articles 48-3 à 48-8 sont à observer sous peine de nullité.

(3) Les dispositions des articles 48-9 et 126 à 126-2 sont respectivement applicables aux demandes en nullité des actes posés en application des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 suivant que l'acte en cause a été posé dans le cadre d'enquête préliminaire ou dans le cadre d'une instruction préparatoire.“

2. L'article 39 paragraphe (4) du Code d'instruction criminelle est modifié comme suit:

„(4) Le procureur d'Etat peut ordonner les opérations nécessaires à l'identification de la personne retenue et notamment la prise d'empreintes digitales et de photographies, ainsi que le prélèvement de cellules humaines aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN, conformément aux articles 48-3 à 48-6 et 48-8.“

3. L'article 40 du Code d'instruction criminelle est complété par une 2ème phrase rédigée comme suit:

„Toutefois, même en cas de délit flagrant, le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique en vue de l'établissement d'un profil ne peut être effectué que dans les cas où la loi prévoit une peine d'emprisonnement dont le maximum est de deux ans au moins.“

4. Les paragraphes (2) et (4) de l'article 44 du Code d'instruction criminelle sont complétés respectivement par les phrases suivantes:

„(2) (...) Le procureur d'Etat ordonne toutes les mesures nécessaires aux fins de l'identification du cadavre. A cette fin, les dispositions prévues aux articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8 sont applicables.

(4) (...) Dans ce cas, le juge d'instruction pourra procéder conformément aux articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8.“

5. Le paragraphe (6) de l'article 45 du Code d'instruction criminelle est complété par un 4ème alinéa, rédigé comme suit:

„Dans les cas prévus à l'alinéa 2 du présent paragraphe, le procureur d'Etat peut également ordonner qu'il soit procédé au prélèvement de cellules humaines afin d'établir un profil d'ADN, sous condition que cette mesure soit impérativement nécessaire à l'établissement de l'identité de la personne interpellée. Les dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 sont alors applicables.“

6. Il est inséré au Code d'instruction criminelle un article 47-1 rédigé comme suit:

„**Art. 47-1.** (1) Sur ordre du procureur d'Etat, l'officier de police judiciaire peut demander à toute personne son accord écrit et préalable pour effectuer sur sa personne un prélèvement de cellules

humaines aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN de comparaison. En cas d'accord de la personne concernée, il est procédé conformément aux articles 48-3 à 48-6 et 48-8.

(2) Sur ordre du procureur d'Etat et avec l'accord de la personne chez laquelle l'opération a lieu, l'officier de police judiciaire peut également, dans les formes prévues à l'article 33, procéder à la saisie de cellules humaines découvertes. Les dispositions des articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8 sont alors applicables."

7. A l'article 51 du Code d'instruction criminelle, il est inséré après le paragraphe (1) le paragraphe (2) suivant, le paragraphe (2) actuel devenant ainsi le paragraphe (3):

„(2) Le juge d'instruction peut également procéder, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, conformément aux dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8.“

Chapitre IV. – Dispositions transitoire et additionnelle

Art. 17. Les dispositions de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle s'appliquent aux personnes dont la condamnation luxembourgeoise ou étrangère est devenue définitive après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. 18. La référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale“.

*

EXPOSE DES MOTIFS

Le présent projet vise à renforcer les moyens de lutte contre la criminalité en conférant une base juridique adéquate à l'établissement de profils d'„ADN“ – abréviation consacrée pour désigner en science génétique l'acide désoxyribonucléique – et aux traitements des données y relatives, conformément aux principes relatifs au traitement de données à caractère personnel.

Malgré le fait que la technique génétique est encore relativement récente, elle a connu une évolution rapide et fulgurante en raison de ses qualités particulières en tant qu'instrument de preuve en matière pénale.

Ce n'était que plusieurs décennies après sa découverte¹ qu'en 1985, le profil génétique humain a été utilisé pour la première fois dans une enquête criminelle en Grande-Bretagne; depuis lors, l'évolution de la science a contribué à perfectionner et à rendre encore plus sûre cette technique qui contribue de plus en plus à disculper des innocents et à confondre des coupables.

En effet, il n'est plus contesté de nos jours que la technique des profils d'ADN non seulement contribue à établir la preuve d'une infraction pénale, mais dans maintes affaires pénales, surtout dans le domaine des infractions sexuelles, l'auteur n'aurait jamais pu être confondu sans l'aide de la technique des profils d'ADN

En tant qu'exemple en ce sens peut être citée l'affaire du *tueur de l'Est parisien* qui a défrayé la chronique française pendant les années 1990.

Dans cette affaire, l'auteur des faits a finalement pu être convaincu, à l'aide de la technique des profils d'ADN, de la commission de 7 meurtres et de 4 autres agressions sexuelles commises sur des femmes; sans l'aide de cette technique, la majorité de ces infractions graves n'auraient jamais pu être élucidées.

Les deux avantages principaux de cette technique peuvent être résumés comme suit:

1. La technique repose sur le principe de l'unicité du patrimoine génétique de chaque être humain et permet ainsi de dévoiler une image génétique propre à chaque individu.

¹ L'ADN a en effet été découvert en 1944 comme élément constitutif essentiel du matériel héréditaire de l'être humain. Pour plus de détails quant au progrès scientifique réalisé en la matière depuis lors, l'on peut consulter l'ouvrage du député français Marc LE FUR „Fichier des empreintes génétiques: les conditions de la réussite“, paru dans la série des documents d'information de l'Assemblée nationale française, 2002, No 504.

2. L'ADN se trouvant pratiquement dans toutes les cellules d'un individu, la technique permet de comparer des traces biologiques de nature différente, comme le sang, les racines de cheveux, la salive, le sperme, etc.

Au regard de ces constatations, il est donc approprié de doter ce moyen de preuve extraordinaire d'un cadre légal en droit luxembourgeois, étant donné qu'il est d'une grande utilité dans le cadre de la recherche de la vérité en matière pénale.

Sans entrer dans les détails techniques de cette matière complexe², il échet néanmoins d'apporter dès à présent deux précisions:

1. *L'ADN utilisé dans le cadre des procédures visées par le présent projet de loi ne permet pas de déterminer l'appartenance ethnique d'une personne, la couleur de sa peau, de ses cheveux ou de ses yeux, ses origines régionales; elle ne révèle pas les risques de développer des maladies héréditaires ou une quelconque autre caractéristique génétique³.*

L'ADN est composé de deux parties; la première partie, qui se présente entre 10 et 20% de la molécule, dite „codante“, rassemble les gènes qui sont le support de l'information génétique de chaque individu et qui renseignent sur les caractéristiques morphologiques de l'intéressé; c'est cette partie de l'ADN qui permet de déterminer sa race, sa taille ou encore son état de santé.

La seconde partie de l'ADN, appelée „non codante“, fait apparaître des zones génétiques variables, composées de segments caractérisés par la répétition en tandem d'unités de base. La taille de ces fragments, qui varie en fonction du nombre des répétitions, est propre à chaque individu, à l'exception du cas des jumeaux monozygotes.

Or, ce n'est que la partie „non codante“ de l'ADN qui est utilisée pour établir un profil, de sorte qu'aucune caractéristique génétique de l'individu ne saurait être déterminée, mais uniquement son identité.

Pour des raisons évidentes, liées à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, la solution de limiter les profils d'ADN aux seuls éléments non codants a été retenue par les États européens ayant légiféré en la matière⁴ et cela conformément aux normes européennes en la matière telles que, par exemple, la Résolution du Conseil de l'Union européenne du 25 juin 2001 relative à l'échange des résultats des analyses ADN⁵.

Le présent projet en fait de même en inscrivant formellement dans la loi que seuls les segments d'ADN non codants peuvent être utilisés⁶.

2. *Les procédures visées par le présent projet ne permettent pas de rendre un être „génétiquement transparent“ en établissant un code génétique complet, mais seulement de déterminer s'il est impliqué dans la commission d'une infraction pénale.*

En effet, les analyses d'ADN effectuées sur base des prélèvements visent à établir un *profil* et non pas un *code* génétique. Concrètement, cela se traduit par le fait que le résultat d'une analyse d'ADN est représenté, en général, par un code alphanumérique permettant, à l'instar du matricule de sécurité sociale, d'identifier une personne sans dévoiler d'autres caractéristiques relatives à sa personne.

De ce fait, les informations tirées d'une analyse d'ADN révèlent beaucoup moins sur une personne que son casier judiciaire par exemple, qui contient toutes sortes d'autres informations qui, de surcroît, sont plus facilement accessibles et compréhensibles même pour des personnes sans formation scientifique.

2 Des explications détaillées, également compréhensibles pour les non-initiés en cette matière, peuvent être trouvées en langue allemande dans un rapport intitulé „Errichtung einer gesamtschweizerischen DNA-Profil-Datenbank, Schlussbericht der Expertenkommission“, Berne, 18 décembre 1998, publié sur le site internet suivant: www.bap.admin.ch/d/archiv/berichte/dna1298.pdf

3 Pour de plus amples détails, l'on peut consulter l'ouvrage cité sous la note de bas de page No 1, ainsi que l'ouvrage suivant: „Quelles catégories de condamnés devrait-on faire figurer dans une banque de profils ADN?“, in „Crimiscope“, IPSC – UNIL, Lausanne, No 21 du 21.1.2003.

4 A titre d'exemples peuvent être cités la loi belge du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale, ainsi que l'article 706-54 du Code de procédure pénale français, tel qu'il a été modifié par la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure.

5 Publiée au JOCE du 03.07.2001, No C187, page 1.

6 Voir à ce sujet la dernière phrase du paragraphe (1) de l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle tel que prévu par le présent projet.

Ainsi, une analyse d'ADN ne permet que de répondre à une question simple, dont on conviendra que la réponse facilitera sensiblement les enquêtes: le profil d'ADN d'une personne, correspond-il aux traces prélevées sur les lieux de l'infraction⁷?

En France, le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) a été institué par la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. Depuis lors, son utilisation n'a cessé d'être étendue et son fonctionnement amélioré, cela en dernier lieu par la loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure⁸.

En Belgique, la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale a introduit en droit belge les règles relatives aux conditions de prélèvement de cellules humaines ainsi qu'à l'établissement et à la conservation des profils d'ADN⁹.

La structure du présent projet de loi révèle qu'à l'instar des législations française et belge en la matière, il vise à répondre aux trois questions principales qui se posent en cette matière:

1. Comment les profils d'ADN sont-ils techniquement établis (Chapitre I)?
2. Comment les profils d'ADN sont-ils traités après leur établissement (Chapitre II)?
3. Sous quelles conditions, des cellules humaines peuvent-elles être prélevées ou recueillies pour établir un profil d'ADN (Chapitre III)?

Etant donné que la réponse à la troisième question est intimement liée aux enquêtes préliminaires et instructions préparatoires en matière pénale, il est proposé d'intégrer les dispositions du Chapitre III au Code d'instruction criminelle.

En revanche, les réponses aux deux premières questions sont fortement conditionnées par les principes établis par la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel¹⁰. Comme les dispositions relatives au traitement des données à caractère personnel, données qui sont inévitablement générées par l'établissement d'un profil d'ADN, n'ont pas de liens directs avec les enquêtes préliminaires et instructions préparatoires en matière pénale, il a semblé plus adéquat de ne pas les insérer au Code d'instruction criminelle mais d'en faire une loi autonome.

Il est finalement encore à relever que l'introduction de cet instrument d'investigation en droit luxembourgeois ne nécessite pas l'introduction de nouvelles infractions pénales destinées à sanctionner d'éventuels abus ou détournements des informations recueillies.

En effet, la loi du 2 août 2002 précitée a introduit toute une série d'infractions pénales visant à protéger le traitement des données à caractère personnel¹¹.

S'y ajoutent encore les infractions d'ores et déjà prévues aux articles 509-1 à 509-7 du Code pénal relatifs à certaines infractions en matière informatique, ainsi que celles qui seront proposées dans le cadre du projet de loi portant approbation de la Convention sur la Cybercriminalité du Conseil de l'Europe du 23 novembre 2001, projet actuellement en préparation.

*

7 Pour plus de détails scientifiques à ce sujet, l'on peut consulter avec fruit la publication du député français Christian CABAL, intitulée „La valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire“ (Office d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, document de l'Assemblée nationale, No 3121, juin 2001).

8 Publiée au Journal officiel No 66 du 19 mars 2003, page 4761.

9 Publiée au Moniteur belge du 20.05.1999, page 17457.

10 Loi publiée au Mémorial A No 91 du 13 août 2002, page 1835, dont notamment les articles 6, 8 et 17 sont déterminants en la matière faisant l'objet du présent projet.

11 Cette loi n'introduit en effet pas moins de 19 infractions pénales nouvelles en droit luxembourgeois, visant à sanctionner les abus relatifs aux traitements des données à caractère personnel.

COMMENTAIRE DES ARTICLES

CONSIDERATIONS GENERALES

Avant d'aborder le commentaire des articles proprement dit, il convient de fournir quelques explications quant à la structure générale du présent projet de loi.

Pour des raisons de simplification et de clarté, les règles s'appliquant de façon générale aux prélèvements et analyses d'ADN ont été rassemblées dans un chapitre nouveau du Code d'instruction criminelle, sans égard à la procédure dans le cadre de laquelle ils sont effectués; il s'agit là des articles 48-3 à 48-8 nouveaux du Code d'instruction criminelle¹². Ensuite, il est prévu d'insérer dans les articles relatifs aux différentes procédures concernées¹³, lors desquelles l'établissement d'un profil d'ADN peut être ordonné, des dispositions¹⁴ qui se bornent en général à renvoyer à ces nouvelles dispositions afin d'obtenir une lisibilité optimale des règles légales en matière d'ADN.

Par ailleurs, les aspects purement techniques du présent projet de loi, relatifs à l'établissement scientifique des profils d'ADN ainsi qu'aux aspects découlant du traitement de ces données, feront l'objet d'une loi autonome¹⁵ alors que les dispositions y afférentes n'ont guère leur place dans le Code d'instruction criminelle lui-même.

Quoiqu'il soit peu usuel que des dispositions du Code d'instruction criminelle soient accompagnées et complétées par une loi autonome, la complexité technique de la matière ADN ainsi que la sensibilité de la question du traitement des données y afférentes justifient cette façon de procéder.

S'y ajoute encore que le traitement de ces données, qui sont des données à caractère personnel par excellence, tombe dans le champ d'application de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, qui, elle, prévoit que dans certaines conditions, une disposition légale est nécessaire pour réglementer le traitement de données relatives aux infractions et aux condamnations pénales¹⁶.

Finalement, il convient encore de relever, à ce stade du commentaire, que si le présent projet, d'une façon formelle, ne vise à établir des règles relatives aux tests d'ADN que dans la phase préparatoire du jugement, c.-à-d. pendant les enquêtes préliminaires et instructions préparatoires, les pouvoirs d'instruction que les juridictions de jugement détiennent actuellement sont intégralement maintenus. Ces juridictions peuvent donc dorénavant avoir recours à l'établissement d'un profil d'ADN dans la même mesure qu'elles peuvent, à l'heure actuelle, décider par exemple de faire établir une expertise.

Malgré l'option retenue consistant, d'une part, à insérer de nouvelles dispositions à différents endroits du Code d'instruction criminelle et, d'autre part, de fixer certaines règles par une loi autonome, le projet ne repose pas moins sur *quelques idées directrices* qu'il convient d'exposer d'ores et déjà succinctement, avant d'apporter des précisions au sujet des divers articles du projet.

1. En cas de nécessité, le prélèvement de cellules humaines peut être exercé sous contrainte physique

Il s'agit là certainement de l'élément le plus important de ce projet alors qu'il a trait à l'intégrité physique humaine, droit fondamental protégé par maintes dispositions nationales et internationales.

12 Article 16 point 1 du projet de loi sous examen.

13 Il s'agit plus précisément de l'enquête de flagrance (articles 30 à 43 du Code d'instruction criminelle), de la découverte de cadavre (article 44), de l'enquête préliminaire (articles 46 à 48-1), des vérifications d'identité (article 45), ainsi que de l'instruction préparatoire menée par le juge d'instruction (article 51).

14 Article 16 points 2 à 7 du projet de loi.

15 Articles 1er à 15 du projet de loi.

16 Voir notamment l'article 8 paragraphe (2) de la loi du 2 août 2002 qui dispose en ce sens.

Or, il résulte des textes internationaux applicables en la matière que ce droit, tout en étant fondamental, n'est pas pour autant un droit absolu et que, si certaines conditions sont remplies, ce droit peut être tempéré tel qu'il a été retenu notamment par la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe No R (92) 1 du 10 février 1992 sur l'utilisation des analyses de l'ADN dans le cadre du système de justice pénale¹⁷.

A ce sujet, le principe dit de la proportionnalité est une des conditions les plus importantes.

En vertu de ce principe, il y a lieu de veiller à maintenir l'équilibre entre, d'une part, la gravité de l'intervention sur le corps humain et, d'autre part, les intérêts collectifs et privés en jeu. Il en découle notamment que des prélèvements de cellules humaines ne sauraient être imposés dans le cadre de la poursuite d'infractions mineures.

Le principe de proportionnalité a été respecté dans le cadre du présent projet alors que les dispositions permettant un prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique prévoient que ce prélèvement ne peut être effectué que si les faits en cause sont punis d'une peine d'emprisonnement d'un maximum d'au moins deux ans.

Par ailleurs, afin d'assurer que le prélèvement sous contrainte physique se présente de façon uniforme et égale à l'égard de toutes les infractions pénales graves, il a paru préférable d'avoir recours au système du seuil de la peine, plutôt qu'à celui de la liste des infractions. En effet les dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 nouveaux du Code d'instruction criminelle s'appliqueront aux enquêtes préliminaires et instructions préparatoires relatives à toutes les infractions pénales, prévues par le Code pénal et des lois spéciales, et il doit être possible d'établir un profil d'ADN pour toutes ces infractions, à condition bien sûr qu'il s'agisse d'une infraction d'une gravité suffisante.

Ainsi, prévoir dans le cadre de ce projet une liste de toutes les infractions existant en droit luxembourgeois ne serait guère une façon de procéder adéquate, d'autant plus que cette liste ne serait rapidement plus à jour.

La possibilité d'effectuer un profil d'ADN sous contrainte physique résout par ailleurs une autre question, qui se poserait inévitablement au cas contraire, à savoir celle des conséquences légales à prévoir si l'intéressé pouvait légalement refuser de se soumettre à un tel prélèvement.

En définitive, seules deux options se présenteraient au législateur dans ce cas: soit le refus de l'intéressé serait à retenir comme élément à sa charge, établissant en quelque sorte sa culpabilité, soit le refus, en tant que tel, devrait être érigé en infraction pénale distincte.

La première option est difficilement concevable, alors qu'elle serait contraire au principe selon lequel il ne saurait être exigé d'un suspect qu'il collabore à sa propre condamnation¹⁸. S'y ajoute encore que, si ce refus était automatiquement un élément retenu à sa charge, la possibilité de refuser le prélèvement ne serait guère une option réelle pour l'intéressé.

La deuxième option, consistant à faire du refus de prélèvement une infraction propre, est à première vue plus réaliste alors qu'elle a déjà été retenue en droit luxembourgeois. En effet, en matière de circulation routière, le refus de se soumettre à un test d'alcoolémie est une infraction pénale distincte, punie de la même peine que celle que le test d'alcoolémie vise à prouver¹⁹. Or, cette solution repose sur une condition *sine qua non*, à savoir que le refus doit être sanctionné par une peine sensiblement égale à celle prévue pour l'infraction poursuivie, condition d'ailleurs remplie en matière de circulation routière.

En matière d'empreintes génétiques, cette solution n'est cependant guère justifiable.

En effet, d'un côté, punir le refus de prélèvement par la même peine que celle prévue pour l'infraction poursuivie pourrait mener à des injustices, alors que ce refus ne doit pas nécessairement être motivé par le souhait de se soustraire aux poursuites, mais peut bien reposer sur des convictions personnelles, religieuses ou autres.

17 Le principe No 4, 3ème alinéa, de cette Recommandation se lit comme suit: „Lorsque le droit interne admet que des échantillons soient prélevés sans le consentement du suspect, un tel prélèvement ne devrait être effectué que si les circonstances de l'affaire exigent une telle mesure“.

18 Voir à ce sujet, notamment, Gaston VOGEL, „Lexique de procédure pénale en droit luxembourgeois“, éd. Larcier, 2001, No 181 page 75.

19 Voir à ce sujet l'article 12, paragraphe 6, 1er alinéa de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques.

D'un autre côté, punir le refus par une peine sensiblement inférieure à celle prévue pour l'infraction poursuivie pourrait inciter l'auteur des faits poursuivis à accepter une condamnation à cette peine inférieure, plutôt que d'accepter un prélèvement et de risquer alors une peine beaucoup plus sévère.

Sanctionner un refus de prélèvement par une nouvelle infraction aurait donc, en pratique, comme résultat qu'encore une nouvelle poursuite pénale devrait être entamée suite au refus de l'intéressé, tandis que celle dans le cadre de laquelle le prélèvement a été envisagé, autrement plus importante d'ailleurs, serait gênée dans son avancement.

Le législateur belge a résolu ce problème en 1999 en retenant la même solution que celle préconisée par le projet sous examen en prévoyant dans le cadre de la loi du 22 mars 1999 la possibilité du prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique.

2. La décision d'effectuer un prélèvement sous contrainte est réservée aux seuls magistrats

Il n'y a en effet que le procureur d'Etat ou le juge d'instruction²⁰ qui peuvent prendre la décision de faire procéder à un prélèvement sous contrainte physique, à l'exclusion de toute autre personne. De surcroît, le prélèvement sous contrainte physique est encore soumis à trois autres conditions, à savoir:

- a. que l'infraction poursuivie doit être punie d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est de deux ans au moins;
- b. que le prélèvement sous contrainte physique ne peut être effectué que sur des personnes qui paraissent avoir un lien direct avec la réalisation des faits en cause, et
- c. qu'elle doit être effectuée sous la surveillance et en présence d'un officier de police judiciaire.

3. Les genres de prélèvements qui peuvent être effectués sous contrainte sont limitativement prévus par la loi

Il s'agit plus précisément du frottis buccal et de la prise de bulbes pileux alors que ces mesures représentent les opérations les moins intrusives au corps humain, à l'exclusion de la prise de sang. Selon les termes du projet, cette dernière ne peut être utilisée qu'en cas de consentement de l'intéressé et doit être effectuée par un médecin. Aussi tout prélèvement doit-il être effectué en présence et sous la surveillance d'un officier de police judiciaire²¹.

4. Le prélèvement sous contrainte peut être effectué sur des personnes autres que le suspect direct

La formulation „... *personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause* ... “ utilisée à l'article 48-5 paragraphe (3) du projet revêt une certaine importance et mérite quelques explications. Elle est inspirée de l'article 90*undecies* § 1er du Code d'instruction criminelle belge tel que celui-ci y a été introduit par l'article 5 de la loi du 22 mars 1999 et signifie en fait que le prélèvement sous contrainte peut être effectué également sur des personnes qui ne sont pas, ou pas encore, considérées comme suspects mais qui sont néanmoins impliquées dans la genèse des faits, comme la victime, ou une personne ayant été sur les lieux du crime peu avant sa commission.

Or, si ce principe peut faire croire à première vue à une application trop large de la technique d'ADN, elle permet cependant aussi de disculper des innocents et, surtout, d'orienter une enquête dès le début dans la bonne direction.

Quelques exemples peuvent illustrer l'utilité de cette disposition:

- Des personnes n'ayant aucun lien avec la commission d'une infraction, telles que des témoins par exemple, étaient sur les lieux des faits peu avant sa commission. En soumettant ces personnes à une

²⁰ Pour être complet, il faudrait ajouter encore le procureur général d'Etat qui, dans le cadre de l'exécution de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle tel que proposé par le projet sous examen, dispose des mêmes pouvoirs que le procureur d'Etat et le juge d'instruction.

²¹ Voir l'article 48-4 paragraphe (1), dernière phrase du projet sous examen.

analyse d'ADN, il est possible de faire le tri des traces d'ADN découvertes sur les lieux et d'écarter, dès le début de l'enquête préliminaire, les personnes visées du cercle des suspects.

- Dans le cas d'un viol avec meurtre, il peut être utile de soumettre le partenaire de la victime à un test d'ADN afin de déterminer si les traces de sperme découvertes sur les lieux du crime, le domicile du couple par exemple, appartiennent à celui-ci ou non. En cas de comparaison négative entre le profil d'ADN du partenaire et celui du sperme trouvé sur les lieux, il peut être conclu avec une certaine probabilité que le sperme provient de l'auteur du crime, dont l'identification est ainsi considérablement facilitée.
- Une personne appréhendée à proximité du lieu d'un crime violent, porte des vêtements avec des traces de sang. Moyennant une analyse d'ADN, effectuée également sur la victime, il peut être constaté si le sang sur les vêtements de l'intéressé provient ou non de la victime.

Ainsi, le fait de ne pas limiter l'application des analyses d'ADN aux seules personnes présentant d'ores et déjà des indices graves de culpabilité permet dans une large mesure d'éviter que cette technique ne soit réduite à un instrument servant uniquement à fournir des éléments à charge, en vue de corroborer des preuves déjà existantes.

5. En cas de prélèvement avec le consentement de l'intéressé, celui-ci est informé au préalable des conséquences du prélèvement

L'article 48-5 du Code d'instruction criminelle tel que proposé par le présent projet prévoit les modalités de cette information: l'accord de l'intéressé doit être précédé de son information sur les circonstances de l'affaire et de ce qu'une comparaison sera effectuée entre le profil d'ADN établi sur base du prélèvement effectué sur sa personne et d'autres profils d'ADN²². L'accord de l'intéressé doit par ailleurs être établi par écrit et préalablement au prélèvement.

6. Les actes posés en matière d'ADN sont susceptibles d'être annulés en cas de non-respect des règles légales y relatives

En effet, aussi bien les dispositions de la partie autonome du présent projet de loi²³ que les dispositions appelées à être introduites au Code d'instruction criminelle²⁴ sont pourvues d'un régime de nullités par, respectivement, les dispositions de l'article 14 du projet de loi, pour la partie autonome de la future loi, ainsi que par les dispositions de l'article 48-8 paragraphes (2) et (3) pour les dispositions destinées à être introduites au Code d'instruction criminelle.

Afin de prévoir un régime complet de nullités dans l'intérêt des droits de la défense, les deux articles précités font référence à un article 48-9 nouveau du Code d'instruction criminelle qui, cependant, n'y est pas introduit par le présent projet mais par un autre projet de loi, actuellement en voie d'élaboration, qui a comme objet, notamment, d'introduire en droit luxembourgeois un régime de nullités relatif aux actes posés dans le cadre de la procédure d'enquête préliminaire.

Ainsi, les actes posés en matière d'ADN dans le cadre d'une enquête préliminaire pourront également bénéficier des garanties introduites par cet autre projet de loi.

Enfin, le traitement des données à caractère personnel en la matière est également soumis à un régime spécial de nullités pour tous les actes qui ne concernent pas directement les conditions du prélèvement des cellules humaines, mais tous les actes de gestion des traitements des données ayant comme objet les profils d'ADN et les données personnelles y afférentes. Ce régime de nullités fait l'objet de l'article 15 du présent projet.

*

Ces quelques considérations générales étant fournies, les différents articles du projet appellent encore les observations suivantes:

²² La question de savoir avec quels autres profils d'ADN le profil de l'intéressé peut être comparé est réglée à l'article 48-6 paragraphe (2) du projet.

²³ Articles 1er à 15 du projet de loi.

²⁴ Article 16 points 1 à 7 du projet de loi.

Chapitre I. – De l'établissement des empreintes génétiques

Ad article 1er:

L'article 1er est un article introductif qui, en prenant recours à la terminologie technique d'usage en cette matière, détermine l'objet du projet sous examen, en ce qu'il:

- a) pose les conditions dans lesquelles des cellules peuvent être recueillies,
- b) énonce les règles à observer pour l'établissement des profils ADN sur base de ces cellules, et
- c) renvoie cadre légal des traitements de données qui en résultent.

Ad article 2:

Le *paragraphe (1)* de cet article s'inspire de divers textes étrangers et européens existant en la matière, et notamment de la Résolution du Conseil de l'Union européenne du 25 juin 2001 relative à l'échange des résultats des analyses ADN²⁵ et de l'arrêté royal belge du 4 février 2002 pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale²⁶.

Plusieurs raisons font en effet qu'il y a lieu de s'inspirer de ces textes: tout d'abord, les méthodes d'analyses utilisées dans divers pays européens se font selon les mêmes procédures techniques et beaucoup d'analyses de cellules humaines prélevées au Luxembourg, surtout à l'heure actuelle et certainement encore dans une première phase après l'entrée en vigueur de la présente loi, seront exécutées dans les laboratoires des pays voisins, de sorte que la reprise des principes élémentaires en usage dans ces pays facilitera cette pratique.

Ensuite, l'échange de données au niveau international serait considérablement gêné si les procédures d'analyses différaient trop d'un pays à l'autre²⁷.

Finalement, l'établissement de laboratoires au Luxembourg et l'utilisation des logiciels informatiques développés à l'étranger en cette matière seront d'autant plus faciles et moins coûteux si les dispositions légales luxembourgeoises ne se distinguent des textes étrangers en cette matière que lorsqu'il y a des raisons pertinentes pour ce faire.

Le *paragraphe (2)* de cet article s'inspire encore de l'annexe de l'arrêté royal belge du 4 février 2002 précité en ce qu'il permet d'avoir recours à l'ADN mitochondrial, qui n'est transmis que par la mère, pour effectuer le cas échéant des tests d'ADN complémentaires²⁸.

Ainsi, le texte permet de faire usage de tous les moyens techniques disponibles selon les connaissances actuelles de la science afin d'assurer que les profils d'ADN donnent des résultats présentant un maximum de fiabilité.

Le *paragraphe (3)* prévoit finalement que les marqueurs à utiliser pour effectuer les analyses ADN sont déterminés par le biais d'un règlement grand-ducal. Il y a en effet lieu de permettre une modification rapide de la liste des marqueurs d'ADN afin de tenir compte de l'évolution de la technique scientifique en la matière. Etant donné que, d'une part, il s'agit là de pouvoir tenir le pas avec cette évolution aussi rapidement que possible et que, d'autre part, il ne s'agit que de modifications purement techniques, la détermination de ces marqueurs par la voie d'un règlement grand-ducal est plus appropriée.

Ad article 3:

L'article 3 s'inspire de l'article 8 de l'arrêté royal belge du 4 février 2002 cité au commentaire de l'article 2 et introduit certaines règles élémentaires concernant la procédure d'analyse, toujours dans le but d'assurer la plus grande qualité possible des profils d'ADN établis.

²⁵ Résolution publiée au Journal officiel des Communautés européennes C 187/2 du 3 juillet 2001, page 1.

²⁶ Arrêté publié au Moniteur belge du 30 mars 2002.

²⁷ Les „considérants“ de la Résolution visée à la note de bas de page No 26 est explicite à ce sujet.

²⁸ Pour plus d'informations techniques au sujet, notamment, de l'ADN mitochondrial, on peut se référer utilement à la publication du député français Marc LE FUR intitulée „Fichier des empreintes génétiques: les conditions de la réussite“, publiée in „Les documents d'information de l'assemblée nationale“, No 504 / 2002, 12ème législature. Pour d'excellentes explications en langue allemande, il est renvoyé au rapport intitulé: „Errichtung einer gesamtschweizerischen DNA-Profil-Datenbank“ du 18 décembre 1998, publié sur Internet au site suivant: www.bap.admin.ch/d/archiv/berichte/dna1298.pdf.

Chapitre II. – Du traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques

Section I. – Dispositions communes aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés

Considérations générales relatives à la Section I:

La section I de ce chapitre regroupe les dispositions qui s'appliquent aux deux genres de traitements de données d'ADN prévus par le présent projet, à savoir, d'une part, le traitement appelé „traitement ADN criminalistique“ (section II) qui concerne les profils d'ADN établis et traités dans le cadre des enquêtes préliminaires et instructions préparatoires en cours, et, d'autre part, le traitement appelé „traitement ADN condamnés“ (section III) qui concerne les empreintes génétiques de personnes ayant été condamnées à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde²⁹.

La terminologie retenue pour ces deux genres de traitements de données s'inspire d'ailleurs de celle retenue par le législateur belge lorsque les analyses d'ADN ont été introduites en droit belge par la loi du 22 mars 1999³⁰. Toutefois, elle a été adaptée aux exigences légales luxembourgeoises alors qu'il n'est plus indiqué d'utiliser en droit luxembourgeois le terme de „banque de données“ depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, puisque cette loi vise indistinctement tous les traitements de données, qu'ils soient opérés manuellement ou par voie informatique³¹.

Dans le droit fil de cette question terminologique, une considération pratique mérite encore d'être relevée.

Le projet sous examen utilise en effet à plusieurs reprises des expressions comme „L'insertion dans le traitement criminalistique d'un profil d'ADN³² ... “ ou „Un profil d'ADN (...) peuvent faire l'objet du traitement ADN criminalistique (...) jusqu'au jour où³³ ... “, ou „... ne peuvent faire l'objet du traitement ADN condamnés que les profils d'ADN³⁴ ... “, ou encore „Le profil d'ADN (...) ne peut plus faire l'objet d'un traitement (...)“³⁵, etc.

Or, il semble évident que des expressions de ce genre visent en premier lieu le traitement informatisé de données et signifient que les profils d'ADN et les données personnelles y afférentes ont été introduits et sont traités par un système informatisé.

En revanche, les mêmes profils d'ADN figureront également, sur un support en papier ou similaire, dans les dossiers répressifs dans lesquels ils ont été établis. Dans ce contexte, les expressions susvisées ne signifient pas que le procureur général d'Etat, en tant que responsable de ces traitements de données ADN criminalistique et condamnés³⁶, serait obligé de faire examiner périodiquement tous les dossiers répressifs dans lesquels une empreinte génétique a été dressée pour vérifier si le maintien dans le dossier du document sur lequel l'empreinte génétique a été inscrite se justifie encore; les quelques exemples qui seront exposés au sujet de l'article 10 du présent projet montrent sans équivoque que cela serait trop fastidieux, voire souvent impossible à réaliser.

Il est donc considéré que, pour le traitement manuel de ces données, le classement définitif du dossier répressif dans les archives du parquet, après sa clôture définitive, satisfait aux exigences de la loi du 2 août 2002 précitée, alors que ce profil d'ADN ne fait certainement plus l'objet d'un „traitement“.

29 Pour des explications plus détaillées à ce sujet, il convient de se reporter au commentaire de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle du présent projet.

30 Les articles 4 et 5 de la loi du 22 mars 1999 parlent en effet de „banque de données ADN criminalistique et condamnés“.

31 Voir l'article 2 litt. (s) de cette loi.

32 Voir article 9 paragraphe (2) du projet.

33 Voir le chapeau du paragraphe (1) de l'article 10.

34 Voir le chapeau du paragraphe (2) de l'article 11.

35 Voir article 10 paragraphe (4).

36 En application de l'article 6 du projet de loi sous examen.

Ad article 4:

Le *paragraphe (1)* de cet article précise les informations qui peuvent être reliées aux profils d'ADN lorsqu'ils font l'objet du traitement ADN criminalistique ou condamnés. L'adjonction de ces informations est nécessaire dans la mesure où le profil d'ADN lui-même n'est qu'un code alphanumérique qui ne permet aucune identification lorsqu'il n'est pas relié à une information telle que le nom ou la date de naissance de l'intéressé.

Afin d'assurer que seules les informations indispensables à l'identification de la personne et des faits en cause sont traitées, conformément à la finalité de ces traitements de données, cet article prévoit une liste limitative des informations pouvant être traitées concomitamment avec le profil d'ADN lui-même.

Les informations elles-mêmes n'appellent pas d'autres observations, à l'exception peut-être des points suivants:

- Le terme „*magistrat*“ utilisé au **point 5** de ce paragraphe signifie qu'il est requis de mentionner le nom du magistrat ayant effectivement ordonné le prélèvement. Si cela ne pose guère de problèmes lorsque le prélèvement a été ordonné dans le cadre d'une instruction préparatoire – chaque juge d'instruction est en principe en charge de „ses“ dossiers – il en est autrement lorsque le prélèvement a été ordonné dans le cadre d'une enquête préliminaire; dans ce cas, il ne suffit pas de mentionner le nom du procureur d'Etat mais, par exemple, celui du substitut ayant concrètement ordonné le prélèvement.
- Au **point 7**, l'expression „*la ou les qualités*“ signifie qu'il y a lieu de mentionner si la personne en cause a fait l'objet du prélèvement d'ADN en tant que suspect, prévenu, inculpé, victime, etc. Le fait que le terme soit utilisé au pluriel vise à tenir compte du fait que la qualité d'une personne peut changer au cours de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire; dans ce cas, il y a lieu de mentionner successivement les différentes qualités ainsi que les dates lors desquelles les qualités respectives de la personne ont changé³⁷.

S'y ajoute encore qu'une personne peut figurer dans une instruction préparatoire comme co-auteur des faits, tandis qu'elle figure dans une autre instruction préparatoire comme victime; une personne peut donc, simultanément, figurer au traitement ADN criminalistique sous plusieurs qualités différentes.

Comme pour le point 5 ci-dessus, il a été jugé opportun d'entourer la matière d'ADN de toutes les garanties nécessaires, au vu de sa sensibilité et eu égard à la protection des personnes face au traitement de données personnelles.

Dans un souci de sécurité juridique, le *paragraphe (2)* apporte encore une précision nécessaire afin de savoir à partir de quel moment un profil d'ADN est à considérer comme donnée à caractère personnel. Comme tel n'est le cas que lorsque le code alphanumérique a été associé à une donnée personnelle, le profil d'ADN ne saurait être considéré comme donnée à caractère personnel qu'à partir de ce moment-là.

Ad article 5:

L'article 5 vise également à assurer la protection et la confidentialité des traitements de données ADN. En effet, il ne saurait être admis que ces données puissent être consultées sans motif ou pour des motifs non liés à la poursuite d'une infraction. Dans cet ordre d'idées, les informations visées par cet article doivent être enregistrées lors de chaque consultation ou comparaison, afin de pouvoir retracer quand, par qui et pour quels motifs un profil d'ADN a fait l'objet d'un traitement.

A noter encore que, dans le cadre du présent projet, le terme de „consultation“ vise plutôt la vérification ou le rapprochement d'un profil d'ADN déterminé à un autre, notamment par voie manuelle, tandis que le terme „comparaison“ vise plutôt une comparaison systématique d'un grand nombre de profils d'ADN par le biais d'un outil informatique.

En effet, s'il est vrai que deux profils d'ADN, figurant dans deux enquêtes différentes par exemple, peuvent encore être comparés manuellement – le code alphanumérique d'un profil d'ADN comporte en

³⁷ La question de savoir à quel moment une personne déterminée a figuré en vertu de quelle qualité dans la procédure peut en effet être importante, notamment lorsqu'il s'agit de décider de la suppression ou du maintien de son profil d'ADN du traitement ADN criminalistique; voir à ce sujet le commentaire de l'article 10 ci-dessous.

général une trentaine de positions – il est également vrai qu’une comparaison systématique de centaines voire de milliers de profils d’ADN ne peut être effectuée qu’à l’aide d’un outil informatique.

Or, des consultations ciblées seront cependant nécessaires, alors qu’il sera utile qu’un magistrat, avant de soumettre un suspect au prélèvement de cellules humaines, consulte d’abord les traitements de données ADN criminalistique et condamnés sur base du nom ou de la date de naissance d’un suspect par exemple, afin de vérifier si le profil d’ADN de la personne concernée ne figure pas déjà dans un de ces traitements.

Ad article 6:

Le *paragraphe (1)* de cet article est destiné à désigner de façon générale l’autorité responsable à laquelle il incombera de veiller au traitement adéquat des données ADN, conformément, notamment, au principe de finalité des données à caractère personnel.

Ainsi, le procureur général d’Etat est l’autorité responsable de ces traitements de données, même si quelques opérations liées à leur usage peuvent être effectuées sous certaines conditions par d’autres magistrats; il s’agit notamment de l’insertion de données dans le traitement ADN criminalistique visée à l’article 9 ou encore de l’opération de comparaison dont il est question à l’article 48-6 paragraphe (2) du présent projet.

La question de l’autorité responsable soulève, inévitablement, la question de savoir quelle qualification il convient de conférer aux données faisant l’objet des traitements des données ADN au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l’égard du traitement des données à caractère personnel.

A cet égard, deux options se présentent, du moins théoriquement: les données d’ADN sont soit des données „policières“ au sens de l’article 17 de la loi, soit des données „judiciaires“ au sens de l’article 8 de la loi.

Or, même si ces données contribuent, dans une certaine manière, à la prévention et à la recherche d’infractions pénales, tâche qui incombe aux autorités policières, il semble évident qu’il s’agit en l’espèce de données „judiciaires“.

En effet, comme il a été exposé *supra*³⁸ il s’agit en l’espèce de données qui ne peuvent être établies et traitées que sur l’ordre d’un magistrat³⁹ et qui sont, dans une très large mesure, couvertes par le secret d’instruction; il en résulte donc notamment qu’une institution autre que judiciaire serait peu appropriée pour être désignée comme responsable du traitement de ces données.

Dans cet ordre d’idées, il ne serait donc guère dans la logique de la matière de désigner comme autorité responsable des traitements de données ADN la police grand-ducale.

En effet, quelle serait, dans cette hypothèse, la marge de manœuvre de la police grand-ducale pour gérer les traitements de données ADN si chaque opération y relative était soumise à la décision d’un magistrat?

Est-ce qu’on pourrait, dans ce cas, réellement affirmer que la police est „responsable“ de ces traitements? Est-ce que la police pourrait alors donner des instructions aux magistrats, sur lesquels elle n’a d’ailleurs aucun pouvoir hiérarchique?

Une réponse négative à ces questions semble bien s’imposer.

Il y a lieu de mentionner à cet égard encore le casier judiciaire qui, pour les besoins de la question sous examen, peut être comparé – toutes proportions gardées – aux traitements de données ADN.

Or, en vertu de l’article 1er du règlement grand-ducal du 14 décembre 1976 portant réorganisation du casier judiciaire, règlement qui a comme base légale l’article 75 de la loi du 7 mars 1980 sur l’organisation judiciaire, le casier judiciaire est tenu sous l’autorité du procureur général d’Etat.

Ainsi, l’autorité la plus appropriée pour être désignée comme responsable du traitement des données en cause est le procureur général d’Etat alors que les données en cause sont des données „judiciaires“ au sens de la loi du 2 août 2002 précitée.

³⁸ Voir, notamment, le point No 2 des considérations générales du commentaire des articles.

³⁹ A savoir le procureur d’Etat ou le juge d’instruction, tel qu’il résulte, notamment, de l’article 48-3 paragraphe (2) du projet.

Le *paragraphe (2)* tend encore à assurer que les données personnelles en cause, par nature très sensibles, ne puissent faire l'objet d'aucune interconnexion⁴⁰ avec d'autres traitements de données, surtout par voie informatique.

Ad article 7:

L'article 7 définit les différentes autorités auxquelles les informations des traitements ADN peuvent être communiquées.

Par autorités judiciaires au sens du **1er point**, il y a lieu d'entendre aussi bien les autorités de poursuites, telles que les parquets, ainsi que les juges d'instruction et les juridictions de jugement, auxquelles ces données doivent bien entendu pouvoir être communiquées à titre de preuve.

Par ailleurs, suivant le **2ème point** de cet article, il doit être permis aux experts chargés d'une mission d'expertise de travailler avec les données d'ADN qui leur ont été confiées par le procureur d'Etat ou par un juge d'instruction dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire. Il en est de même pour les officiers de police judiciaire qui doivent pouvoir travailler avec des données ADN lorsqu'ils sont en charge d'un dossier dans lequel ces données figurent. Toutefois, vu la sensibilité de la matière, il a été jugé opportun de préciser que cette communication ne peut se faire qu'à des officiers de police judiciaire.

Finalement, le **3ème point** de cet article vise à assurer que ces données peuvent être communiquées à d'autres Etats ou entités internationales, notamment dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Il va de soi que cette communication de données doit se faire dans le respect de la loi du 2 août 2002 précitée; toutefois, comme cette loi elle-même dispose déjà en ce sens, il n'était pas indiqué de le répéter dans le cadre du projet de loi sous examen.

Section II. – Du traitement ADN criminalistique

Ad article 8:

Cet article énonce la définition du traitement ADN criminalistique. De cette définition peuvent être dégagés les éléments suivants:

1. le terme „traitement“ englobe toutes les opérations prévues par l'article 2 litt. (s) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel;
2. tous les profils ADN établis dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire font l'objet du traitement ADN criminalistique, même s'il ne s'agit pas encore d'une donnée à caractère personnel selon la définition prévue à l'article 4 paragraphe (2) du présent projet;
3. le traitement ne peut être effectué qu'en vue d'une des finalités retenues à l'article 48-3 paragraphe (1) du Code d'instruction criminelle.

Suivant cette définition, l'article 48-6 paragraphe (2) du présent projet est par exemple une application de cette définition générale en ce qu'il détermine avec quels autres profils d'ADN un profil nouvellement établi peut être comparé, conformément à la finalité des profils ADN établis en matière pénale.

Ad article 9:

Cet article détermine les conditions et la procédure suivant lesquelles un profil d'ADN peut faire l'objet du traitement ADN criminalistique.

Il faut voir l'article sous examen comme la suite, chronologique en quelque sorte, de la comparaison de profils d'ADN effectuée en application de l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle: après avoir effectué la comparaison y prévue, il s'agit en effet de décider si le profil d'ADN en cause peut dorénavant encore être utilisé pour effectuer d'autres comparaisons et consultations ou s'il doit être supprimé.

⁴⁰ Il y a lieu d'utiliser ici le terme „interconnexion“ dans le même sens suivant lequel il est utilisé aux articles 2 litt. (j) et 16 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Le *paragraphe (1)* de cet article établit tout d'abord qu'il n'appartient qu'au procureur d'Etat ou au juge d'instruction de décider si ce profil d'ADN en cause fera dorénavant partie du traitement ADN criminalistique.

En ce que ce paragraphe limite le cercle des autorités y habilitées aux deux magistrats en cause, cette disposition reflète l'idée de base du présent projet de loi, à savoir que toute la matière des empreintes génétiques doit rester sous le contrôle d'un magistrat. Ainsi seuls ces magistrats peuvent-ils effectuer l'insertion d'un profil d'ADN dans ce traitement de données, ou du moins doivent-ils donner l'instruction à un officier de police judiciaire d'y procéder.

Le projet sous examen suit ainsi le législateur belge qui a retenu le même principe lors de la rédaction du projet étant devenu par après la loi du 22 mai 1999.

Les *paragraphes (2) et (3)* distinguent ensuite entre deux catégories de profils d'ADN: à savoir ceux établis sur base de cellules humaines découvertes – des traces de sang trouvées sur les lieux d'un crime par exemple – (paragraphe 2) et ceux établis sur base de cellules humaines prélevées sur une personne déterminée et vivante, soit avec le consentement de celle-ci, soit sous contrainte (paragraphe 3).

Les profils d'ADN établis sur base de cellules humaines découvertes au sens de l'article 48-4 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, visés par le *paragraphe (2)* du présent article, sont directement insérés dans le traitement ADN criminalistique, sans comparaison préalable alors que ces profils, qui sont par hypothèse anonymes, doivent en tout état de cause faire partie du traitement ADN criminalistique pour servir de profil d'ADN de base en vue des consultations et comparaisons futures.

En effet, l'intérêt de la matière des ADN réside précisément dans la faculté offerte par ces profils en ce qu'ils permettent de faire le lien entre des dossiers en cours qui, jusqu'à ce moment-là, n'en avaient aucun; un profil d'ADN, par exemple, peut figurer dans un dossier, de façon anonyme, comme preuve d'une trace laissée sur les lieux du crime par l'auteur, tandis que le même profil d'ADN peut figurer dans un autre dossier comme empreinte génétique de la victime.

Peuvent ainsi être résolues deux affaires qui, autrement, n'auraient peut-être jamais été élucidées.

La situation envisagée par le *paragraphe (3)* de cet article est toute autre.

Il s'agit ici en effet de profils d'ADN établis sur base de cellules humaines prélevées selon les conditions du Code d'instruction criminelle sur une personne déterminée et connue; contrairement aux profils visés par le paragraphe (2), ces profils ne sont donc pas „anonymes“.

Ces profils d'ADN font donc également, de plein droit, l'objet de la comparaison prévue à l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle.

Toutefois, contrairement aux profils d'ADN anonymes, les profils d'ADN de personnes connues ne peuvent faire l'objet du traitement ADN criminalistique – à savoir y être insérés – que lorsque cette comparaison a été positive, c.-à-d. seulement si la comparaison révèle que la personne en cause a déjà fait l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN, ce qui signifie qu'elle s'est déjà trouvée auparavant dans une des hypothèses prévues par l'article 48-3 paragraphe (1).

En revanche, et l'alinéa 2 du paragraphe (3) le précise, si ces comparaisons ont été négatives, cela revient à dire que l'intéressé n'est ni impliqué dans l'affaire en cause, ni dans une autre enquête préliminaire ou instruction préparatoire d'ailleurs, et n'a encore jamais été condamné pour une des infractions prévues à l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle.

Dans ce cas, il n'y a aucune raison qui pourrait justifier que le profil d'ADN de cette personne figure au traitement ADN criminalistique; la conséquence en est que ce profil d'ADN ne peut plus faire l'objet d'un traitement ADN dans la suite, ni „criminalistique“, ni „condamnés“⁴¹.

Pour être complet, il échet encore de préciser qu'en cas de comparaison positive, le profil d'ADN ayant fait l'objet de cette opération n'est pas réellement „inséré“ dans le traitement ADN criminalistique alors que, par définition, il y figure déjà puisque la comparaison a été positive.

⁴¹ Pour ce qui est de la question de savoir ce qu'il advient des versions „informatique“ et „papier“ de ce profil d'ADN après une comparaison négative, il convient de se reporter aux considérations générales fournies ci-dessus au sujet de la section I du Chapitre II.

Dans cette hypothèse, les informations visées à l'article 4 paragraphe (1) qui se trouvent dans le dossier dans le cadre duquel la comparaison a été effectuée peuvent être ajoutées ou reliées au profil d'ADN qui figurait déjà au traitement ADN criminalistique.

Ad article 10:

L'article 10 du projet sous examen revêt une certaine importance dans le cadre de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, alors qu'il prévoit les conditions suivant lesquelles les profils d'ADN peuvent être maintenus ou non dans le traitement ADN criminalistique.

Les 3 hypothèses visées par le *paragraphe (1)*⁴² de cet article poursuivent cependant un même but, à savoir celui de ne maintenir ces données dans le traitement ADN criminalistique qu'aussi longtemps que ce maintien est justifié par la finalité du traitement, conformément à l'esprit et à la lettre de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Le **1er point** de ce paragraphe concerne l'hypothèse où une personne a été définitivement acquittée⁴³ des charges pour lesquelles son profil d'ADN a été établi et a fait l'objet du traitement ADN criminalistique. Dans ce cas, il n'existe en effet plus de raisons qui justifient le maintien de son profil d'ADN dans ce traitement, sous réserve toutefois des dispositions du paragraphe (2) du présent article.

A noter encore que seules les décisions judiciaires d'acquiescement peuvent déclencher la suppression du profil d'ADN du traitement ADN criminalistique; les décisions de classement sans suites, de condamnation avec sursis, probatoire ou non, ou encore de suspension du prononcé⁴⁴, probatoire ou non, sont sans influence sur le maintien du profil d'ADN en cause au traitement ADN criminalistique.

La même solution s'impose encore en cas de décision de non-lieu prononcée en application de l'article 128 du Code d'instruction criminelle alors qu'une reprise des poursuites reste possible s'il y a survenance de charges nouvelles au sens de l'article 135 du Code d'instruction criminelle.

Le **2ème point** de ce paragraphe vise l'hypothèse où les faits au sujet desquels un profil d'ADN a été établi sont prescrits; puisqu'une poursuite judiciaire n'est plus possible dans ces conditions, il n'y a pas non plus lieu de maintenir plus longtemps ces données dans le traitement ADN criminalistique, sous réserve, ici encore, des dispositions du paragraphe (2) du présent article.

Le **3ème point** enfin vise précisément l'hypothèse où la personne dont le profil d'ADN a été introduit dans le traitement ADN criminalistique, est décédée. Etant donné que la même règle que celle établie par ce point a été prévue au sujet de l'effacement des données du traitement ADN condamnés, il est renvoyé au commentaire fait au sujet de l'article 13 du présent projet.

Le *paragraphe (2)* de cet article apporte un certain correctif au paragraphe (1) en ce qu'il vise à assurer que des données ADN peuvent être maintenues au traitement ADN criminalistique lorsque la finalité de ce traitement l'exige même si, *stricto sensu*, les hypothèses prévues par le paragraphe (1) se sont réalisées.

Il ne faut pas oublier en effet que, d'une part, les profils d'ADN faisant l'objet du traitement ADN criminalistique ne sont pas exclusivement ceux de suspects, prévenus ou inculpés et que, d'autre part, une personne physique peut être impliquée dans plusieurs affaires en des qualités⁴⁵ différentes, tantôt en tant qu'auteur, tantôt en tant que victime.

42 Il est à noter que le paragraphe (1) traite des profils d'ADN ayant pu être rattachés à une personne physique déterminée; le cas des profils d'ADN restés „anonymes“ est traité par le paragraphe (4) du présent article.

43 L'hypothèse de la condamnation de cette personne est prévue par le paragraphe (3) du présent article.

44 En vertu de l'article 621 alinéa 1er *in fine* du Code d'instruction criminelle, la suspension du prononcé présuppose en effet que la prévention soit établie de sorte qu'il n'y a donc pas lieu d'assimiler la suspension du prononcé à l'acquiescement dans le cadre de la disposition sous examen.

45 C'est au sujet de ce paragraphe que la question de la „qualité“ en vertu de laquelle une personne figure au traitement ADN criminalistique prend toute son importance; voir à ce sujet le commentaire de l'article 4 paragraphe (1) point 7 du présent projet.

Deux exemples permettent d'illustrer l'utilité du paragraphe (2) à cet égard.

1. Dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, un profil d'ADN a été établi concernant une personne qui, ultérieurement, a été identifiée dans ce dossier comme auteur de l'infraction poursuivie. Toutefois, pour une raison ou pour une autre, il s'avère ultérieurement que les faits en cause sont prescrits et la comparaison de son profil d'ADN⁴⁶ avec les autres profils du traitement ADN criminalistique a été négative. Dans ces conditions, il est évident que ce profil d'ADN ne doit plus faire l'objet du traitement ADN criminalistique alors qu'il est établi, d'une part, que cette personne n'a pas été impliquée en tant que victime ou auteur dans un autre dossier et que, d'autre part, il ne peut plus être poursuivi, vu l'extinction de l'action publique à son égard.

Cependant, si, pendant la période où le profil a figuré au traitement ADN criminalistique, une comparaison ou consultation effectuée a été positive et a donc indiqué que cette personne fait encore l'objet d'une autre enquête préliminaire ou instruction préparatoire en cours dont les faits ne sont pas prescrits, son profil d'ADN doit être maintenu dans le traitement.

C'est dans ce contexte qu'il y a lieu d'entendre la partie de phrase „... *si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une comparaison positive* ...“ de ce paragraphe; en effet, l'insertion d'un profil ADN dans le traitement criminalistique suppose de toute façon une comparaison positive. La comparaison visée par le paragraphe (2) n'est pas celle sur base de laquelle le profil ADN a été inséré dans le traitement, mais bien celle ou celles qui ont été effectuées ultérieurement, dans le cadre d'une autre enquête préliminaire ou instruction préparatoire, et qui ont donné un résultat positif.

2. Dans le cadre d'un meurtre, le profil d'ADN de la victime a été établi par le juge d'instruction alors que cette mesure s'est avérée utile dans la recherche de l'auteur de l'infraction. Or, la personne dont le profil d'ADN a été établi est, par définition, décédée. Toutefois, il n'y a pas lieu d'ôter tout simplement son profil du traitement ADN criminalistique 10 ans après son décès, en application du point 3 du paragraphe (1), puisque son maintien dans le traitement se justifie aussi longtemps que l'affaire, elle, n'a pas été jugée.

Le *paragraphe (3)* de cet article vise à assurer que les données relatives au profil d'ADN d'une personne ayant été condamnée⁴⁷ sont transférées au traitement ADN condamnés pour ainsi faciliter d'éventuelles poursuites en cas de récidive de cette personne.

Le *paragraphe (4)* de cet article vise à régler le sort des profils d'ADN qui figurent au traitement ADN criminalistique et qui n'ont jamais pu être attribués à une personne.

Afin d'éviter une surcharge inutile de ce traitement de données, il est proposé de supprimer ces données après un délai de 30 ans, en suivant en cela les dispositions de la loi belge du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale⁴⁸ alors que la justification de ce délai avancée par le législateur belge, justification qui se lit comme suit, est convaincante:

„L'effacement des données relatives à des traces anonymes après un délai de 30 ans repose sur la considération suivante: même après la prescription de l'action publique pour le délit dans le cadre duquel les traces ont été trouvées – si la date de cette prescription peut déjà être déterminée – l'établissement de liens peut être important pour d'autres dossiers répressifs. C'est précisément cette éventualité qui justifie dans une grande mesure l'existence d'une banque de données centralisée. On estime toutefois qu'il sera peu utile pour les instructions ultérieures de conserver ces données au-delà de 30 ans et qu'il n'est dès lors pas sensé de charger la banque de données avec ces données⁴⁹.“

Le *paragraphe (5)* de cet article propose enfin une disposition générale concernant le traitement ADN criminalistique en ce sens que les opérations de consultation, de comparaison et d'insertion peuvent être effectuées conformément à l'article 9 de la loi et à l'article 48-6 paragraphe (3) du Code

46 Suivant l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle.

47 Au sujet du terme „condamnation“, il est à préciser que sont visées toutes les condamnations, mais uniquement les condamnations: il en résulte que les condamnations assorties du sursis, probatoire ou non, déclenchent le transfert des profils d'ADN en cause au traitement ADN condamnés, tandis que les décisions de classement sans suites, de non-lieu ou encore de suspension du prononcé, probatoire ou non, n'opèrent pas ce transfert des profils d'ADN.

48 Voir l'article 4 § 4 alinéa 2 point 1 de cette loi.

49 Voir document parlementaire de la chambre des représentants belge No 1047/2-96/97, 49ème législature, page 18.

d'instruction criminelle par les magistrats y visés sans autorisation particulière du procureur général d'Etat.

Toutefois, toute autre opération, telle que par exemple l'organisation du traitement, la modification ou encore la suppression de données est réservée au procureur général d'Etat en sa qualité de responsable de ce traitement en application de l'article 6 du projet sous examen.

Section III. – Du traitement ADN condamnés

Ad article 11:

Le *paragraphe (1)* de cet article du projet sous examen prévoit la définition du traitement ADN condamnés.

Cette définition est sensiblement la même que celle retenue à l'article 8 paragraphe (1) pour le traitement ADN criminalistique, avec la différence notable que le traitement ADN condamnés s'applique à d'autres profils d'ADN. Afin d'éviter une définition illisible, les profils d'ADN en cause ont été plus amplement précisés au paragraphe (2) de l'article.

La *1ère catégorie* de données ADN visées au *paragraphe (2)* pouvant faire l'objet du traitement ADN condamnés sont celles qui y ont été transférées en application de l'article 10 paragraphe (3) du présent projet de loi; il s'agit des profils d'ADN qui, antérieurement, ont été établis dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire en tant qu'élément de preuve et dont les personnes en cause ont fait l'objet d'une condamnation à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde⁵⁰.

Cette formule de „peine d'emprisonnement ou une peine plus lourde“ vise donc les peines privatives de liberté prévues en matière criminelle et délictuelle, c.-à-d. les peines de réclusion et d'emprisonnement telles que définies par les articles 7 et 14 du Code pénal. Il en résulte qu'une condamnation à une amende ou à une autre peine prévue par les articles 7 à 30 du Code pénal, ou par une loi spéciale, ne peuvent pas justifier le traitement ADN condamnés d'un profil d'ADN.

La *2ème catégorie* de ces profils d'ADN comporte tous les profils qui ont été établis de plein droit en application de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle moyennant le prélèvement d'ADN sur les personnes qui ont été condamnées pour une des infractions énumérées par cet article; pour de plus amples explications à ce sujet, il est renvoyé au commentaire de l'article y afférent.

Il y a enfin encore lieu d'apporter une précision concernant le „chapeau“ du paragraphe (2), plus précisément au sujet de l'expression „*Sans préjudice de l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, ...*“.

Aux termes de l'article 48-6 paragraphe (2), un profil d'ADN qui vient d'être établi dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire sera comparé avec tous les profils d'ADN visés par ce paragraphe, y compris ceux du traitement ADN condamnés. Or, pendant cette comparaison, le profil d'ADN nouvellement établi sera donc momentanément „traité“⁵¹ avec les profils d'ADN du traitement ADN condamnés tout en ne faisant pas partie de ce traitement ADN.

Afin de dissiper toute incertitude quant à la légalité de ce „mélange momentané“ de profils d'ADN condamnés avec un profil d'ADN qui ne correspond pas à cette définition, il est prévu d'insérer cette formule au chapeau du paragraphe sous examen.

Le *paragraphe (3)* de cet article confère au seul procureur général d'Etat, ou au magistrat délégué par lui, le droit d'insérer des données ADN dans ce traitement, et cela contrairement au traitement ADN criminalistique où le même droit appartient également au procureur d'Etat et au juge d'instruction.

⁵⁰ Au sujet de la question de savoir quelles condamnations sont précisément visées, il est renvoyé à la note de bas de page relative au commentaire du paragraphe (3) de l'article 10 du présent projet.

⁵¹ Vu la puissance des outils informatiques actuels, il ne s'agira probablement que de quelques secondes pendant lesquelles le profil d'ADN nouvellement établi sera „mêlé“ à des fins de comparaison aux profils d'ADN faisant l'objet du traitement ADN condamnés, mais il ne s'agit pas moins d'un „traitement“ au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Il y a lieu de préciser à cet égard que le terme „décision“ ne signifie pas que l’insertion des données ADN dans ce traitement repose sur une appréciation en opportunité conférée au procureur général d’Etat par ce texte. Bien au contraire, il s’agit en quelque sorte d’une „compétence liée“ en ce sens qu’il appartient au procureur général d’Etat de vérifier que les dispositions de la présente loi ont été respectées, c.-à-d., par exemple, que la personne en cause a bien été condamnée, que cette condamnation est coulée en force de chose jugée, que le prélèvement d’ADN effectué en vertu de l’article 48-7 du Code d’instruction criminelle n’a pas été opéré pour une infraction qui n’est pas visée par cet article, etc⁵².

Dès que le procureur général d’Etat a constaté que toutes les conditions de la loi ont été respectées, il doit décider que le profil d’ADN fera dorénavant l’objet du traitement ADN condamnés.

Ad article 12:

Le *paragraphe (1)* de cet article précise que les opérations de consultation et de comparaison peuvent être effectuées par le procureur d’Etat et le juge d’instruction étant en charge d’un dossier dans lequel un profil d’ADN a été établi, afin de vérifier si ce dernier profil correspond à un des profils figurant déjà au traitement ADN condamnés.

Etant donné qu’il s’agit en l’espèce d’un traitement de données d’une certaine sensibilité, seuls ces magistrats, ou un expert ou encore un officier de police judiciaire agissant sur instruction d’un de ces magistrats, y ont accès.

Le *paragraphe (2)* de cet article complète le *paragraphe (1)* en précisant que toute opération relative à ce traitement autre que celle prévue au *paragraphe (1)* ne peut être effectuée que sur autorisation du procureur général d’Etat ou du magistrat délégué par lui.

Ce *paragraphe* vise ainsi principalement à établir les pouvoirs que le procureur d’Etat et le juge d’instruction ont dans le cadre du traitement ADN condamnés, par opposition à leurs pouvoirs relatifs au traitement ADN criminalistique: pour ce dernier traitement, ils ont la possibilité de consulter, de comparer et d’insérer des données, tandis que, pour le premier visé, ils ne peuvent que comparer et consulter les données ADN qui en font l’objet.

Ad article 13:

Cet article reprend la règle introduite en droit belge par l’article 5 § 5 de la loi du 22 mars 1999.

Ainsi, le commentaire que les auteurs belges ont fait par rapport à cette disposition, commentaire reproduit ci-après, vaut également pour l’article 13 du présent projet:

„Pour ce qui est des profils de condamnés définitifs et d’internés, il est logique que la consultation de la banque de données „Condamnés“ facilite l’identification d’auteurs récidivistes de délits graves contre l’intégrité physique et la vie de personnes. Aussi est-il prévu que les données soient effacées de la banque de données 10 ans après le décès de l’intéressé. Ce délai de conservation est justifié par la finalité de la banque de données: identifier éventuellement l’intéressé comme l’auteur d’un autre délit, tant en vue de l’engagement de poursuites à son encontre qu’en vue de la disculpation éventuelle de personnes suspectes. Bien que l’action publique s’éteigne au décès de l’auteur du délit, les données sont encore conservées pendant 10 ans. C’est le délai de prescription de l’action publique pour les crimes. En effet, il faut tenir compte du fait que l’intéressé ne décède pas nécessairement à un âge avancé. Des personnes relativement jeunes peuvent décéder à la suite d’un accident ou se suicider. De plus, l’éventualité d’une mort violente prématurée n’est pas irréaliste vu le milieu dans lequel évoluent bon nombre des intéressés.

En outre, il faut rappeler que cette longue conservation ne peut avoir d’effet stigmatisant pour l’intéressé dans le cadre de sa réinsertion sociale car la consultation de la banque de données par les magistrats compétents ne leur fournit pas la moindre information sur les personnes fichées, sauf en cas de comparaison positive.“

⁵² Ce devoir de vérification et de surveillance du procureur général d’Etat lui incombe d’ailleurs également en sa qualité de responsable des deux traitements ADN, criminalistique et condamnés, conformément à l’article 6 du présent projet.

Le droit français prévoit d'ailleurs des dispositions analogues, alors que l'article R.53-14 du code de procédure pénale dans sa rédaction actuelle⁵³ prévoit que les informations enregistrées ne peuvent être conservées au-delà d'une durée de 40 ans, sans que cette durée ne puisse dépasser la date du quatre-vingtième anniversaire du condamné.

A noter encore qu'en application de cet article tel que proposé, et sur base de la justification précitée, la réhabilitation prévue par les articles 644 et suivants du Code d'instruction criminelle est sans influence sur le maintien des données ADN dans le traitement ADN criminalistique.

Ad article 14:

Afin d'entourer une matière aussi importante et sensible que celle faisant l'objet du présent projet de loi de toutes les garanties nécessaires, notamment à l'égard des droits de la défense et de la protection des personnes à l'égard du traitement de données personnelles, cet article propose d'insérer différentes dispositions relatives aux nullités pouvant être invoquées à propos des actes posés en vertu de la présente loi dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire.

Le présent projet n'entend pas déroger à la *summa divisio* des nullités de la procédure existant en droit luxembourgeois qui distingue entre nullités formelles d'une part et nullités virtuelles, ou substantielles, d'autre part⁵⁴.

Toutefois, il est prévu de faire fruit des dispositions d'un autre projet de loi, actuellement en voie d'élaboration et dont il est plus amplement question ci-avant aux considérations générales du commentaire des articles du présent projet, *sub* No 6, qui projette d'introduire en droit luxembourgeois un régime de nullités pour les actes posés dans le cadre des enquêtes préliminaires.

Avant de faire quelques brèves remarques au sujet des deux paragraphes de cet article, il échet de préciser que les nullités y prévues ne s'appliquent qu'aux actes argués de nullité qui ont été posés en vertu des articles 1er à 13 de la présente loi.

En effet, étant donné qu'il s'agit de dispositions d'une loi autonome, non intégrées dans le Code d'instruction criminelle, il était utile de prévoir dans le cadre de cette loi un article spécifique aux nullités, alors que les dispositions du Code d'instruction criminelle proprement dit, ayant trait aux nullités, ne sont pas nécessairement appelées à s'appliquer à des dispositions qui n'y figurent pas.

Afin d'éviter toutes discussions à ce sujet, il est proposé de consacrer l'article 14 du projet de la loi au régime des nullités propre à la future loi autonome.

Toutefois, en comparant les dispositions de l'article 14 à celles de l'article 48-8 paragraphes (2) et (3) du présent projet – ces dernières prévoyant les dispositions relatives au régime des nullités concernant les articles qui ont été introduits au Code d'instruction criminelle par le présent projet – il appert que les deux régimes de nullités sont quasi identiques, et cela afin d'assurer une unicité des procédures des nullités pour tous les actes posés en relation avec les empreintes génétiques, peu importe que les dispositions en cause figurent au Code d'instruction criminelle ou à la loi autonome.

Le *paragraphe (1)* de cet article énumère tout d'abord les dispositions assorties d'une nullité formelle; il s'agit des dispositions les plus importantes et les plus sensibles concernant les traitements de données ADN criminalistique et condamnés.

C'est sur ce point que le régime des nullités de la future loi autonome diffère de celui des opérations destinées à être prévues au Code d'instruction criminelle: en effet, tandis que, parmi les dispositions de la future loi autonome, seules les dispositions les plus importantes sont prévues sous peine de nullité, les dispositions destinées à être insérées au Code d'instruction criminelle sont toutes sanctionnées de nullité en cas de non-respect.

Le *paragraphe (2)* pour sa part vise à opérer une ventilation des demandes en nullité en fonction de la procédure dans le cadre de laquelle l'acte argué de nullité a été posé:

⁵³ Rédaction telle qu'elle résulte du décret No 2000-413 du 18 mai 2000 modifiant le code de procédure pénale, décret publié au Journal officiel de la République française du 19 mai 2000, page 7544.

⁵⁴ Voir à ce sujet, notamment, Gaston VOGEL, „Lexique de procédure pénale en droit luxembourgeois“, éd. Larcier, 2001, Nos 305 et suivants.

- lorsque l’acte attaqué a été posé dans le cadre de l’enquête préliminaire, en violation d’une des dispositions des articles 1er à 13 du présent projet, les dispositions de l’article 48-9 futur du Code d’instruction criminelle sont applicables; en revanche,
- lorsque l’acte attaqué a été posé dans le cadre de l’instruction préparatoire, en violation d’une des dispositions des articles 1er à 13 du présent projet, les dispositions des articles 126 à 126-2 du Code d’instruction criminelle sont applicables.

Ainsi, par le biais des renvois opérés par ce paragraphe vers les dispositions respectives du Code d’instruction criminelle, l’unicité des procédures de nullités pouvant être applicables en vertu d’un acte posé en matière d’ADN est assurée.

Ad article 15:

Cet article vise à conférer une voie de recours aux personnes invoquant la nullité d’un acte posé dans le cadre de la gestion générale des traitements de données ADN criminalistique et condamnés effectuée sous la responsabilité du procureur général d’Etat.

L’insertion de cette disposition s’impose principalement par le fait que le responsable⁵⁵ de ces traitements de données est le procureur général d’Etat et que la mission de contrôle du responsable de ces traitements ne saurait être exercée par la commission nationale pour la protection des données, instaurée par les articles 32 et suivants de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l’égard du traitement des données à caractère personnel.

A ce sujet, il est renvoyé aux explications fournies au commentaire de l’article 6 du présent projet, alors que ce sont les mêmes raisons ayant justifié la désignation du procureur général d’Etat comme responsable des traitements de données ADN qui ne permettent guère de soumettre le procureur général d’Etat à la surveillance de cette commission qui est une autorité administrative ne relevant de surcroît pas de la personnalité morale de l’Etat.

Toutefois, dans un souci de sauvegarde des droits de la défense et de la protection des personnes à l’égard du traitement de données à caractère personnel, il échet néanmoins d’instituer un contrôle indépendant du responsable de ces traitements de données.

A cette fin, il est pris encore une fois exemple sur un système similaire qui existe d’ores et déjà en droit luxembourgeois et qui, pour les besoins de la question sous examen, peut être comparé aux traitements de données ADN: il s’agit du casier judiciaire, actuellement réglé par le règlement grand-ducal du 14 décembre 1976 portant réorganisation du casier judiciaire⁵⁶, et plus précisément de l’article 11 de ce règlement grand-ducal qui prévoit en effet une voie de recours similaire à celle instaurée par l’article sous examen.

Le *paragraphe (1)* de cet article précise tout d’abord qu’il ne s’applique qu’aux hypothèses non visées par l’article 14 alors qu’il faut en effet distinguer entre les cas où les règles posées par le présent projet n’auraient pas été respectées dans le cadre d’une enquête préliminaire ou d’une instruction préparatoire – ce qui entraînerait l’application de l’article 14 – et les cas où un acte posé par le procureur général d’Etat, en sa qualité de responsable du traitement, serait argué de non-respect de cette loi; dans ces cas, la procédure établie par l’article 15 serait à suivre.

Dans cet ordre d’idées, la formule „... *en exécution de la présente loi* ... “ signifie que l’acte attaqué en nullité par le biais de cette voie de recours doit avoir été posé dans le cadre de la gestion générale des traitements des données ADN criminalistique et condamnés⁵⁷ et non pas lors d’une enquête préliminaire ou d’une instruction préparatoire, alors que les actes posés dans le cadre de ces procédures sont soumis respectivement aux dispositions des articles 48-9 et 126 à 126-2 du Code d’instruction criminelle, conformément à l’article 14 du présent projet.

⁵⁵ Le terme „responsable“ est ici à prendre au sens de l’article 2 litt. (o) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l’égard du traitement des données à caractère personnel.

⁵⁶ Les dispositions relatives au casier judiciaire ont déjà servi de modèle dans le cadre du présent projet, à savoir concernant la désignation de l’autorité responsable des traitements de données ADN criminalistique et condamnés; à ce sujet, voir le commentaire de l’article 6 du présent projet.

⁵⁷ Comme par exemple le maintien d’un profil d’ADN dans un de ces traitements de données en violation des articles 10 ou 13 de la loi, ou le traitement d’une information non prévue par l’article 4 de la loi, etc.

Cette voie de recours ne peut pas non plus être introduite lorsque l'acte attaqué en nullité a été posé en vertu d'une des dispositions introduites au Code d'instruction criminelle par le présent projet alors que, ici encore, ce sont les dispositions des articles 48-9 et 126 à 126-2 du Code d'instruction criminelle qui sont applicables.

Ensuite, l'expression „... *personne concernée*...“ vise uniquement la personne dont le profil d'ADN a été traité en violation des articles 1er à 13 de la présente loi, à l'exclusion de toute autre personne.

Les *paragraphes (2) à (4)* de cet article prévoient les règles procédurales à observer lors de l'exercice de cette voie de recours. Vu l'importance de la matière, il était indispensable d'assurer un double degré de juridiction à ces recours, ainsi que la possibilité d'un recours en cassation.

Ces paragraphes, qui s'inspirent par ailleurs des dispositions de l'article 133 paragraphes (4) à (8) du Code d'instruction criminelle, n'appellent pas d'autres observations.

Le *paragraphe (5)* de cet article apporte encore une précision afin d'éviter que le même acte puisse être attaqué en nullité à d'itératives reprises.

Un exemple permet d'illustrer l'hypothèse envisagée:

Dans le cadre d'une instruction préparatoire, le juge d'instruction ordonne l'établissement du profil d'ADN d'une personne inculpée qui, ultérieurement, est condamnée par la juridiction de jugement pour les faits pour lesquels son profil d'ADN a été établi.

Pendant l'instruction, le profil d'ADN de l'intéressé a donc fait l'objet du traitement ADN criminalistique et, après sa condamnation, son profil d'ADN a été transféré au traitement ADN condamnés, en application de l'article 10 paragraphe (3) du présent projet.

Or, l'intéressé ne saurait demander la nullité de l'établissement de son profil d'ADN, et partant sa suppression du traitement ADN condamnés, au motif que, par exemple, lors de l'instruction préparatoire, le résultat de la comparaison de son profil d'ADN avec les profils du traitement ADN criminalistique ne lui a pas été communiqué tel qu'il est prévu par l'article 48-6 paragraphe (4) du Code d'instruction criminelle.

En effet, il s'agit-là d'un acte qui a été posé dans le cadre de l'instruction préparatoire, de sorte que l'intéressé aurait dû introduire une demande en nullité conformément aux articles 126 à 126-2 du Code d'instruction criminelle, applicables à l'hypothèse en cause en application de l'article 48-8 paragraphe (3) tel qu'il est proposé par le présent projet.

Chapitre III. – Dispositions modificatives

(art. 16 du projet de loi)

Une remarque d'ordre rédactionnel s'impose tout d'abord quant à la numérotation des articles qui sont projetés d'être introduits au Code d'instruction criminelle par l'*article 16 point 1* du présent projet: bien que le dernier article actuel du chapitre III du titre II du livre I du Code d'instruction criminelle soit l'article 48-1, le premier article du nouveau chapitre IV, proposé par le présent projet, n'est pas l'article 48-2 mais l'article 48-3, et cela afin de tenir compte de l'article 14 du projet de loi No 5156 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales et améliorant la protection des témoins, qui propose déjà l'insertion d'un article 48-2 nouveau.

Ad article 48-3 nouveau du Code d'instruction criminelle:

Cet article fixe les conditions générales auxquelles sont soumis tous les prélèvements d'ADN en vue de l'établissement d'une empreinte génétique en matière pénale.

Le *paragraphe (1)* prévoit ainsi de façon générale les cas dans lesquels un profil d'ADN peut être établi:

1. *Pour identifier une personne „concernée par une infraction“:*

Il s'agit ici du cas d'ouverture principalement visé par l'usage des empreintes génétiques en matière pénale: Une personne, dont l'identité proprement dite est connue, a été appréhendée dans des circonstances faisant croire qu'elle a commis l'infraction qui fait l'objet d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire. Dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, son profil d'ADN est

établi afin de le comparer avec le profil d'ADN établi sur base de cellules humaines découvertes, par exemple, sur les lieux de l'infraction (sur un verre à boire, un mégot de cigarettes, des vêtements, etc.)

Toutefois, la formule „... *personnes concernées par une infraction*... “ a été choisie à dessein afin de permettre d'établir un profil d'ADN dans un large éventail de cas de figure. L'idée est de rendre possible, par exemple, d'établir les profils d'ADN de personnes qui se sont trouvées dans des conditions spatio-temporelles particulières par rapport à la commission de l'infraction (un groupe de personnes qui étaient toutes présentes peu avant la commission des faits dans l'appartement où un cadavre a été découvert, les habitants d'un village aux bords duquel une fille a été retrouvée morte et violée, les profils d'ADN de certains membres de la famille d'une victime disparue sont nécessaires pour établir si des cellules humaines retrouvées appartiennent à la victime en cause, etc.).

L'expression en cause vise donc en tout état de cause les cas d'enquête préliminaire et d'instruction préparatoire alors que, dans ces hypothèses, la personne est certainement „concernée“ par une infraction, d'où les renvois aux articles 47-1 et 51 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle.

2. *Pour identifier une personne dans une des hypothèses visées par les articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4). 45 paragraphe (6):*

Les hypothèses visées par ce cas d'ouverture sont particulières en ce sens qu'il ne s'agit pas, du moins dans un premier temps, de déterminer si une personne est concernée par une infraction mais de constater son identité proprement dite.

Il y a cependant lieu de remarquer qu'une personne faisant, dans un premier stade, simplement l'objet d'une mesure d'identification par ADN dans une de ces trois hypothèses peut rapidement être considérée comme étant „concernée par une infraction“ alors qu'une mesure de rétention au sens de l'article 39 par exemple présuppose qu'il y a à charge de cette personne des indices graves et concordants de nature à motiver son inculpation⁵⁸.

Toutefois, dans cette hypothèse, il ne s'agit plus de faire usage de son ADN pour constater son identité mais de constituer un moyen de preuve à sa charge ou décharge, de sorte qu'il y aurait lieu d'ouvrir à son égard une enquête préliminaire ou une instruction préparatoire, conformément au droit commun. Rien n'empêche alors de faire usage du profil d'ADN de l'intéressé, établi initialement pour s'assurer de la simple identité de l'intéressé, dans le cadre de cette procédure si les conditions légales y afférentes sont remplies.

3. *Pour les besoins de l'application de l'article 48-7:*

L'ajout de ce membre de phrase s'est en effet imposé alors que l'hypothèse de l'article 48-7 ne vise ni à identifier une personne (son identité est bien connue), ni à constater si elle est concernée par une infraction (elle a déjà été condamnée pour avoir commis une infraction), mais vise à établir son profil ADN afin de l'insérer au traitement ADN condamnés.

Or, il ne faut pas perdre de vue qu'un profil d'ADN qui a été établi, par exemple, au cours d'une instruction préparatoire fera ultérieurement l'objet du traitement ADN condamnés, si la personne en cause a été condamnée.

Ainsi, afin de pouvoir utiliser à cette fin le même profil d'ADN que celui établi lors de l'instruction préparatoire et dans un souci d'unifier dans la mesure du possible les règles relatives aux prélèvements et aux établissements de tous les profils d'ADN, il a paru opportun de prévoir cette hypothèse également à l'article 48-3 paragraphe (1).

Le *paragraphe (2)* prévoit les circonstances et les hypothèses dans lesquelles le procureur d'Etat et le juge d'instruction, chacun en ce qui le concerne, peuvent ordonner le prélèvement d'ADN et l'établissement d'un profil⁵⁹.

⁵⁸ Suivant le paragraphe (1) de l'article 39 du Code d'instruction criminelle.

⁵⁹ Le procureur général d'Etat n'est pas mentionné par ce paragraphe, alors qu'il n'ordonne pas d'établissement de profil d'ADN dans le cadre des articles visés par ce paragraphe; le procureur général d'Etat n'ordonne l'établissement d'un profil d'ADN seulement dans l'hypothèse visée par l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle.

Le *paragraphe (3)* de cet article fixe une condition préalable aux prélèvements d'ADN opérés sur une personne; en effet une telle opération ne peut être ordonnée que si, dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire en cause, un profil d'ADN a déjà pu être établi sur base de cellules humaines découvertes. Le projet sous examen reprend à cet égard une disposition prévue en droit belge⁶⁰.

Toutefois, il est fait exception à cette règle pour certaines hypothèses où il s'agit précisément de recueillir le premier échantillon de cellules humaines dans une nouvelle enquête en cas de découverte d'un cadavre, dans les cas où il est indispensable que des cellules humaines sont prélevées pour identifier une personne (articles 39 et 45), ainsi que pour l'exécution de l'article 48-7.

Ad article 48-4 nouveau du Code d'instruction criminelle:

Le *paragraphe (1)* de cet article prévoit les trois modalités par lesquelles des cellules humaines peuvent être prélevées, en précisant qu'une prise de sang ne peut être effectuée que par un médecin tandis que le frottis buccal et le prélèvement de bulbes pileux peuvent être effectués par une personne n'étant pas médecin mais qui doit avoir au moins la qualité d'agent de police judiciaire. En tout état de cause, le prélèvement doit toujours se faire sous la surveillance et en présence d'un officier de police judiciaire alors que chaque opération de prélèvement doit faire l'objet d'un procès-verbal en application de l'article 48-8 du projet.

Il est entendu qu'il n'était pas dans l'intention des rédacteurs du projet de loi d'imposer la participation de deux officiers de police judiciaire; si le prélèvement est effectué par un officier de police judiciaire, il n'est pas exigé qu'un deuxième officier de police judiciaire soit présent pour surveiller l'opération.

Le *paragraphe (2)* de cet article vise à permettre l'établissement de profils d'ADN sur base de cellules humaines qui ont été découvertes et recueillies dans toutes les circonstances autres que celle où le prélèvement de cellules humaines nécessite une intervention sur le corps d'une personne physique vivante.

Sont visées, par exemple, les hypothèses où un verre utilisé ou des mégots de cigarettes ont été trouvés sur les lieux du crime ou au domicile de la victime, ou encore lorsque des vêtements portés ont été découverts qui font croire que l'établissement d'un profil d'ADN peut être effectué à partir des traces humaines présentes sur ces objets.

Il est toutefois à préciser que cette disposition n'entend pas conférer de nouveaux droits au procureur d'Etat ou au juge d'instruction. En effet, en pratique, les cellules humaines trouvées sont recueillies par la saisie de l'objet sur lequel elles sont constatées, ce qui constitue une mesure que ces magistrats peuvent de toute façon effectuer dans le cadre de leurs investigations.

Toutefois, vu la sensibilité de la technique des empreintes génétiques, il a été jugé opportun de le préciser dans le contexte du présent projet.

Cette précision s'impose d'autant plus que tout le projet sous examen repose précisément sur la comparaison de deux empreintes génétiques, à savoir celle établie sur base de cellules prélevées sur une personne et celles découvertes antérieurement dans le cadre de l'affaire⁶¹.

Sur base de la dernière phrase de ce paragraphe, les profils d'ADN ainsi établis peuvent être comparés avec les autres profils d'ADN visés à l'article 48-6 paragraphe (2) et peuvent dorénavant faire l'objet du traitement ADN criminalistique, conformément à l'article 9 paragraphe (2) du présent projet.

Ad article 48-5 nouveau du Code d'instruction criminelle:

Le *paragraphe (1)* de cet article prévoit la procédure à suivre après que le procureur d'Etat ou le juge d'instruction a pris la décision d'effectuer un prélèvement d'ADN.

La personne concernée est tout d'abord informée de cette décision afin qu'elle puisse, le cas échéant, marquer son accord de se soumettre volontairement au prélèvement. Etant donné qu'en cas de consente-

⁶⁰ Voir à ce sujet l'article 90*undecies*, § 1er, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle belge, tel qu'il a été introduit par la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale.

⁶¹ Cette disposition est ainsi en quelque sorte le complément du paragraphe (3) de l'article 48-3 tel que proposé par le présent projet.

ment, une empreinte génétique peut être établie à l'égard de toute personne concernée par une infraction⁶², il s'agit de mettre tout en œuvre pour que ce consentement soit donné en toute connaissance de cause et de façon éclairée.

Dans ce contexte, l'expression „*circonstances de l'affaire*“ utilisée au paragraphe (1) tend à assurer que l'intéressé est informé, notamment, de la nature de l'infraction, des temps et lieux où elle a été commise, des raisons pour lesquelles le magistrat en charge estime que l'établissement de son empreinte génétique s'avère nécessaire ou encore l'usage qui sera fait de son profil d'ADN ultérieurement.

Le *paragraphe (2)* exige que le consentement de l'intéressé doit être matérialisé par un écrit duquel il doit résulter qu'il a été dûment informé des circonstances de l'affaire.

Ce paragraphe prévoit également les précautions à prendre lorsque la personne en cause est encore mineure. A ce sujet se pose principalement la question de savoir à partir de quel âge le consentement du mineur devrait être remplacé par celui de son représentant légal, également éclairé conformément aux informations à fournir suivant le paragraphe (1).

S'il est vrai que l'article 48-1 actuel du Code d'instruction criminelle, par exemple, prévoit en matière d'enregistrement de témoignage que le consentement du représentant du mineur n'est nécessaire que si le mineur n'a pas encore le discernement nécessaire, cette notion de „discernement nécessaire“ prend une toute autre importance si le mineur n'est pas un témoin mais est appelé à consentir à une mesure aussi grave que l'établissement de son empreinte génétique, susceptible de le désigner le cas échéant comme auteur d'une infraction.

Afin d'éviter toute insécurité juridique à ce sujet, il a été jugé approprié de fixer de façon plus précise l'âge à partir duquel le consentement du représentant légal du mineur n'est plus requis. En retenant à cet égard l'âge de 14 ans, il est pris exemple sur plusieurs dispositions existantes du Code pénal qui admettent l'âge de 14 ans comme étant celui à partir duquel une maturité suffisante du mineur peut être présumée.

Le *paragraphe (3)* prévoit la situation où l'intéressé, après avoir été informé des circonstances de l'affaire, n'est pas disposé de marquer son accord au prélèvement d'ADN.

Dans ce cas, le prélèvement peut être effectué sous contrainte physique lorsque les conditions suivantes sont remplies:

1. il faut que la personne en cause paraisse présenter un lien direct avec la réalisation des faits, et
2. ces faits doivent être punissables d'après le texte de la loi d'une peine d'emprisonnement dont le maximum doit être de deux ans au moins.

Quant à la signification de l'expression „... *lien direct avec la réalisation des faits en cause*...“, il est renvoyé à ce qui a été exposé ci-dessus, au point No 4 des considérations générales du commentaire des articles.

Le *paragraphe (4)* précise finalement qu'une prise de sang en vue de l'établissement d'un profil d'ADN ne peut être effectuée sous contrainte physique; dans ce cas, il y a lieu de procéder par frottis buccal ou par le prélèvement de bulbes pileux.

Ad article 48-6 nouveau du Code d'instruction criminelle:

Le *paragraphe (1)* de cet article tend à assurer que les analyses et l'établissement du profil d'ADN sont réalisés par des hommes de l'art étant experts en la matière, désignés par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction en charge du dossier en cause.

Le *paragraphe (2)* détermine, le profil d'ADN établi, avec quelles autres empreintes génétiques ce profil peut être comparé, à savoir avec les empreintes génétiques des cellules humaines qui ont déjà été découvertes ou prélevées dans le dossier en cause (point 1), avec les empreintes génétiques établies dans les autres enquêtes préliminaires ou instructions préparatoires en cours à ce moment-là (point 2), ainsi qu'avec les empreintes génétiques des personnes ayant déjà été condamnées (point 3).

⁶² Au sujet de l'expression „personne concernée par une infraction“, il est renvoyé au commentaire de l'article 48-3 paragraphe (1) du présent projet.

Autrement dit, les points 1 et 2 de ce paragraphe désignent les empreintes génétiques figurant au „traitement ADN criminalistique“ tandis que le point 3 désigne ceux qui figurent au „traitement ADN condamnés“, tels que ces traitements sont définis aux articles 8 et 11 du présent projet.

Le *paragraphe (3)* établit, limitativement, quelles personnes sont habilitées à procéder aux consultations et comparaisons prévues au paragraphe (2); cette disposition constitue en quelque sorte le complément de l'article 9 du présent projet qui, lui, prévoit que ce sont les mêmes personnes qui ont également le droit d'insérer des profils d'ADN au traitement ADN criminalistique, lorsque les conditions prévues à cet article sont remplies.

Dans le cadre de ce paragraphe, la formule „... l'établissement d'un profil d'ADN paraît justifié ou a été effectué, ...“ tend à préciser que le procureur d'Etat et le juge d'instruction ont accès aux traitements de données ADN pour procéder aux traitements de consultation et de comparaison après qu'un profil d'ADN a été établi, mais également avant le prélèvement des cellules humaines nécessaires à l'établissement du profil d'ADN si les conditions légales relatives à l'établissement du profil sont remplies.

En effet, il suffit d'imaginer l'hypothèse où le juge d'instruction constate que dans le cadre d'une instruction préparatoire, il serait utile à la manifestation de la vérité de procéder à l'établissement d'un profil d'ADN et que les conditions légales y relatives se trouvent réunies. Dans ce cas, il faudrait que le juge d'instruction, avant de soumettre le suspect au prélèvement de cellules humaines, puisse consulter d'abord les traitements de données ADN criminalistique et condamnés sur base, par exemple, du nom ou de la date de naissance du suspect, afin d'éviter qu'il soit procédé à l'établissement d'un profil d'ADN qui figure d'ores et déjà dans un de ces traitements.

Le *paragraphe (4)* enfin introduit une mesure visant à assurer que, face à ce puissant outil d'investigation que sont les empreintes génétiques, les droits de la défense et le principe de l'égalité des armes sont préservés. En effet, la comparaison effectuée en vertu du paragraphe précédent peut, par exemple, révéler qu'une empreinte génétique identique à celle de l'intéressé a été établie dans le cadre d'une toute autre affaire pour laquelle l'intéressé, jusqu'à ce moment-là, n'a pas encore été inquiété.

Afin de lui donner néanmoins la possibilité de se défendre ou de fournir des explications, il échet de l'informer au moins du résultat de cette investigation. Il peut encore être précisé que la communication verbale du résultat de la consultation ou de la comparaison doit faire l'objet d'un procès-verbal ou d'un acte de procédure dressé à cette fin; cependant, elle peut être également retenue dans le cadre d'un autre procès-verbal ou acte de procédure. Ainsi, le juge d'instruction peut par exemple communiquer le résultat à un inculpé lors d'un interrogatoire ayant lieu après la comparaison de profils d'ADN et la communication verbale sera alors notée dans le procès-verbal de l'interrogatoire.

Enfin, il est proposé de prévoir une exception à la règle de la communication du résultat de la comparaison endéans les deux mois, afin de ne pas compromettre des enquêtes particulièrement longues et complexes.

En effet, il est possible que suite à une analyse d'ADN, un malfaiteur soit identifié comme auteur de plusieurs faits. L'obligation de communiquer le résultat de la comparaison dans un délai de deux mois peut constituer un problème dans l'hypothèse où une des affaires s'inscrit dans une enquête d'envergure et où la communication du résultat serait de nature à contrecarrer l'avancement de cette enquête.

Afin de pouvoir retracer le cas échéant les raisons ayant justifié le retard de cette communication, il est prévu que cette communication retardée doit faire l'objet d'une décision motivée à prendre par le magistrat en charge du dossier.

Ad article 48-7 nouveau du Code d'instruction criminelle:

Le *paragraphe (1)* de cet article propose d'introduire en droit luxembourgeois une disposition qui existe notamment déjà dans les pays voisins ayant une tradition juridique similaire à celle du Luxembourg, à savoir en France et en Belgique.

Cette disposition vise à rendre obligatoire l'établissement d'une empreinte génétique de toutes les personnes ayant été condamnées à une peine d'emprisonnement ou une peine plus lourde, ou ayant été placées en application de l'article 71 du Code pénal, pour une des infractions figurant sur la liste limitativement prévue, même si l'établissement d'un profil d'ADN dans la phase d'instruction de l'affaire n'était pas nécessaire pour élucider les faits en cause.

En France, cette disposition a été introduite dès la création du fichier national des empreintes génétiques (FNAEG) en 1998⁶³; depuis lors, la liste prévue à l'article 706-55 actuel du Code de procédure pénal français a été considérablement rallongée: limitée en 1998 aux seules infractions sexuelles, elle a été complétée une première fois par la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne et ensuite par la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure⁶⁴.

En Belgique, le législateur de 1999 a procédé de la même façon, de sorte que l'article 5 de la loi belge du 22 mars 1999 prévoit actuellement le même dispositif.

L'instauration de ce dispositif découle du souci de disposer d'un instrument performant dans la lutte contre les récidivistes commettant des infractions graves portant atteinte à la vie et à l'intégrité physique des personnes, afin d'éviter que d'autres personnes deviennent victime du même auteur.

Plus encore, le succès de toute la technique des empreintes génétiques repose précisément sur un nombre aussi élevé que possible de profils d'ADN figurant dans les traitements de données ADN, afin de faciliter les recherches et d'accélérer l'appréhension du coupable.

La liste des infractions prévue à l'article sous examen repose en principe sur deux critères, tout comme celles retenues par les législateurs belge et français:

- il s'agit d'infractions graves portant atteinte à la vie ou à l'intégrité physique ou mentale des personnes,
- pour lesquelles il est plus ou moins probable que, lors de leur commission, l'auteur a pu laisser des traces génétiques permettant l'établissement d'un profil d'ADN.

Par ailleurs, il y a lieu de relever que, pour l'application de l'article sous examen, une condamnation⁶⁵ à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde pour une des infractions y visées suffit pour procéder au prélèvement d'ADN sous contrainte physique, peu importe le seuil de la peine prévu pour cette infraction dans le texte de la loi ou encore la durée de la peine effectivement prononcée par la juridiction de jugement. Or, en cela, cet article diffère de l'article 48-5 paragraphe (3) qui prévoit qu'un prélèvement d'ADN sous contrainte ne peut être effectué que si l'infraction en cause est punie d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est de deux ans au moins.

Cette différence d'approche quant à l'exigence d'un certain seuil de peine se justifie tout d'abord par le fait que les prélèvements d'ADN dans le cadre de l'article 48-5 paragraphe (3) sont effectués sur des personnes qui bénéficient encore de la présomption d'innocence, tandis que les personnes concernées par l'article 48-7 ont d'ores et déjà fait l'objet d'une condamnation définitive.

Par ailleurs, si, à première vue, il peut paraître contradictoire que dans le cadre d'un même projet de loi, le système du seuil de la peine et le système de la liste d'infractions ont tous les deux été retenus pour procéder à un prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique, cette façon de procéder s'explique par la différence notable qui existe entre les deux situations en cause.

En effet, l'article 48-5 paragraphe (3) vise à permettre aux enquêteurs d'établir un profil d'ADN dans tous les cas où l'auteur a laissé effectivement des traces humaines lors de la commission de l'infraction. Or, cette circonstance peut se réaliser lors de la commission d'une infraction où, *a priori*, on ne songe pas du tout à apporter la preuve par le biais de l'établissement d'un profil d'ADN. Dans cet ordre d'idées, et afin de permettre l'usage de ce mode de preuve dans un éventail d'infractions pénales aussi large que possible, le système du seuil de la peine a été retenu.

En revanche, prévoir un seuil de peine dans le cadre de l'article 48-7 pour l'établissement obligatoire d'un profil d'ADN des personnes condamnées pourrait mener à des situations où cette mesure grave ne se justifie guère.

Un exemple concret permet d'illustrer ce raisonnement.

Dans le cadre d'une infraction de blanchiment, l'auteur, au moment où il a déposé l'argent à blanchir sous un faux nom sur un compte en banque, a laissé derrière lui dans l'agence bancaire un mégot de

63 Loi No 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

64 Il s'agit plus précisément de l'article 29 de la loi No 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, publiée au Journal officiel de la République française du 19 mars 2003, page 4761.

65 Concernant les condamnations visées, il est renvoyé à la note de bas de page relative à l'article 10 paragraphe (3) du projet ainsi qu'au commentaire de l'article 11 paragraphe (1), 1ère catégorie.

cigarette, un *chewing gum* ou une tasse à café utilisée, permettant d'établir par le biais du profil d'ADN son identité réelle.

Or, d'une part, il n'y a aucune raison de ne pas recourir à la technique d'ADN dans un tel contexte si les éléments concrets de l'espèce le permettent, d'où l'usage du système du seuil de la peine dans le cadre de l'article 48-5 paragraphe (3).

Toutefois, il serait disproportionné d'insérer pour cette raison l'infraction de blanchiment dans la liste des infractions prévue à l'article 48-7 alors que les probabilités que l'auteur d'une infraction de blanchiment laisse des traces humaines lors de la commission de l'infraction sont néanmoins réduites.

Enfin, il y a lieu de préciser que sont visées dans le cadre du présent article toutes les personnes ayant été condamnées définitivement à une peine d'emprisonnement ou une peine plus lourde, peu importe, notamment, si cette condamnation a été assortie d'un sursis, probatoire ou non, si elle a été purgée entièrement ou si elle a été prononcée sur base d'un concours de plusieurs infractions dont seulement une figure sur la liste retenue.

Le *paragraphe (2)* assimile, pour les besoins de l'application de la présente loi, les mesures de placement prévues par l'article 71 du Code pénal aux condamnations prononcées sur base des infractions énumérées à la liste du paragraphe (1), à l'instar du droit belge⁶⁶.

Le *paragraphe (3)* tend à préciser que cette mesure, ordonnée de plein droit par la loi, est exécutée par le procureur général d'Etat qui est d'ores et déjà l'autorité en charge des traitements en matière d'empreintes génétiques.

En application de ce paragraphe, le procureur général d'Etat est donc habilité, pour les besoins de l'exécution de l'article 48-7, à poser les mêmes actes posés en principe uniquement par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction dans le cadre des articles 48-3 à 48-6 et 48-8.

Il est encore à préciser que, si l'empreinte génétique d'une personne visée par cet article a d'ores et déjà été établie dans une enquête préliminaire ou instruction préparatoire, il n'y aura bien entendu pas lieu de procéder à un deuxième prélèvement; dans ce cas, le profil d'ADN sera simplement transféré du traitement ADN criminalistique au traitement ADN condamnés, en application de l'article 10 paragraphe (3) du présent projet.

Le *paragraphe (4)* enfin assimile les personnes condamnées à l'étranger qui purgent tout ou partie de leur peine au Luxembourg aux personnes condamnées par une juridiction luxembourgeoise. En effet, le transfèrement au Luxembourg d'une personne condamnée à l'étranger présuppose que cette personne a des liens étroits avec le Luxembourg, et il est donc tout à fait concevable qu'en cas de récidive, cette dernière serait commise au Luxembourg⁶⁷. Il n'y a donc objectivement pas de raisons pour lesquelles ces personnes devraient échapper à la mesure prévue par l'article 48-7 tel que proposé.

Ad article 48-8 nouveau du Code d'instruction criminelle:

Le *paragraphe (1)* de cet article vise à assurer qu'un certain nombre d'informations doivent être retenues afin que les circonstances précises du prélèvement d'ADN puissent être retracées ultérieurement, et cela aussi bien dans l'intérêt de la poursuite que celui de la défense.

Cette disposition s'inspire de l'article 4 de l'arrêté royal belge du 4 février 2002 pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale et ne nécessite pas d'autres commentaires.

Il peut encore être indiqué que les mentions prévues par cet article ne doivent pas faire l'objet d'un acte d'instruction ou d'un procès-verbal à part, mais qu'elles peuvent être notées dans tout autre acte de procédure dressé dans le cadre du dossier.

Il y a encore lieu de préciser que l'expression „... *dans la mesure du possible* ... “ vise à permettre la rédaction de ce procès-verbal dans des hypothèses où certaines informations ne sont pas disponibles. En

⁶⁶ Voir à ce sujet l'article 5 alinéa 2 de la loi belge du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale.

⁶⁷ Pour les règles applicables aux transfèrements de personnes condamnées, il y a lieu de se référer à la loi du 25 avril 2003 sur le transfèrement des personnes condamnées, loi publiée au Mémorial A No 77 du 3 juin 2003, page 1287.

effet, plus spécialement dans les cas de découvertes de cellules humaines ou d'un cadavre, il n'est pas possible d'y inscrire l'accord ou le refus de la personne concernée ou encore ces noms et prénoms.

Cette disposition a donc été respectée lors de la rédaction d'un procès-verbal dès que toutes les informations connues au moment de sa rédaction y ont été retenues.

Le *paragraphe (2)* de cet article est à relever en ce sens que, contrairement aux dispositions de l'article 14 de la loi autonome, toutes les dispositions des articles 48-3 à 48-8 sont prévues sous peine de nullité; cette distinction se justifie par le fait que les dispositions destinées à figurer au Code d'instruction criminelle concernent dans une très grande partie le corps humain et son intégrité et sont susceptibles d'influencer fortement une condamnation pénale, tandis que les dispositions de la future loi autonome ne concernent que la gestion „administrative“ – si l'on peut dire ainsi – de ces données.

Le *paragraphe (3)* de cet article prévoit le régime des nullités applicables aux actes posés en matière d'ADN en exécution des articles y afférents du Code d'instruction criminelle. Etant donné que le régime procédural de ces nullités obéit aux mêmes règles que celles prévues à l'article 14 du présent projet, il est renvoyé pour de plus amples explications au commentaire de cet article, ainsi qu'au point 6 des considérations générales du commentaire des articles.

Ad article 39 paragraphe (4) nouveau du Code d'instruction criminelle:

(article 16 point 2 du projet de loi)

Cet article vise à permettre l'établissement d'empreintes génétiques dans le cadre d'une mesure de rétention. Tel qu'il a été exposé au sujet de l'article 48-3 paragraphe (1), cette disposition vise, du moins dans un premier temps, uniquement à établir l'identité de l'intéressé et non pas de constituer un moyen de preuve à charge ou à décharge. Il est renvoyé pour de plus amples explications au commentaire de cet article.

S'il est vrai que le prélèvement d'ADN dans le cadre de la rétention d'une personne sur base de l'article 39 du Code d'instruction criminelle présuppose une certaine contrainte, il est également vrai que l'usage de la contrainte physique dans cette hypothèse n'est pas un élément nouveau, alors que la prise d'empreintes digitales et de photos suppose déjà une certaine contrainte si la personne retenue s'y oppose.

Ad article 40, 2ème phrase nouvelle du Code d'instruction criminelle:

(article 16 point 3 du projet de loi)

L'articulation des dispositions actuelles du Code d'instruction criminelle avec celles proposées par le présent projet appelle par ailleurs une modification de cet article.

Aux termes de l'article 40 actuel, les dispositions des articles 31 à 39 du Code d'instruction criminelle sont applicables en cas de délit flagrant lorsque la loi prévoit, pour les faits en cause, une peine d'emprisonnement.

Or, en appliquant de façon combinée les articles 48-5 paragraphe (3) et 39 paragraphe (4) nouveaux, un prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique afin d'établir un profil d'ADN n'est possible, au cours d'une mesure de rétention, que lorsque les faits en cause sont punis d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est de deux ans au moins.

Afin d'écartier ce risque de contradiction de la loi, deux options se sont présentées:

- soit une exception est faite au principe du seuil de deux ans d'emprisonnement pour un prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique pour l'hypothèse où on est en présence d'un cas de délit flagrant;
- soit une exception est faite au principe qu'en cas de délit flagrant, toutes les dispositions des articles 31 à 39 sont applicables si la loi prévoit une peine d'emprisonnement.

Dans ce contexte, et dans un souci d'unicité du régime de prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique, il a été jugé opportun de ne pas déroger au principe du seuil de peine minimal de deux ans; par conséquent, il est prévu que l'hypothèse d'une flagrance n'aura pas d'influence sur les conditions à respecter pour le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique, auquel cas le seuil de la peine d'emprisonnement de deux ans au moins est à respecter en tout état de cause.

Il faut, à ce sujet, se replacer dans le contexte de l'article 48-5 paragraphe (3) qui prévoit qu'un prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique est possible:

- si l'intéressé paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause, et
- si les faits en cause sont punis d'une peine d'emprisonnement de deux ans au moins.

Or, si l'hypothèse de la flagrance peut avoir une influence sur la première condition – il y a une certaine probabilité qu'une personne prise en flagrance a un lien avec la réalisation des faits en cause – elle n'a aucun rapport avec la gravité de l'infraction en tant que telle; un meurtre, par exemple, garde toujours le même degré de gravité, peu importe si son auteur est appréhendé en flagrance ou trois mois après la commission des faits.

Il y va ici en effet du principe de la proportionnalité entre, d'une part, la gravité des faits en cause et, d'autre part, la gravité de la mesure du prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique; dans ce contexte, il a été jugé opportun de faire prévaloir ce principe de la proportionnalité sur la situation du flagrant délit.

Pour être complet, il échet encore de préciser que le cas de figure ici visé ne concerne que l'hypothèse d'un prélèvement sous contrainte; en cas d'accord de l'intéressé, le prélèvement peut, en tout état de cause, être effectué au cours d'une mesure de rétention prévue par l'article 39 du Code d'instruction criminelle.

Ad article 44 paragraphes (2) et (4) nouveaux du Code d'instruction criminelle:

(article 16 point 4 du projet de loi)

L'article 44 du Code d'instruction criminelle, traitant du cas de la découverte d'un cadavre, est complété en ce sens qu'il permettra aussi bien au procureur d'Etat qu'au juge d'instruction d'effectuer une analyse d'ADN afin d'élucider les circonstances de la découverte.

L'établissement d'un profil d'ADN dans une telle hypothèse, même s'il vise en premier lieu d'identifier le cadavre trouvé, peut encore être propice dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire ultérieure, lorsqu'il est constaté qu'il s'agit en l'espèce d'une mort violente.

Le paragraphe (2) vise à conférer au procureur d'Etat la possibilité de procéder par test d'ADN, tandis que le paragraphe (4) vise à conférer les mêmes pouvoirs au juge d'instruction, lorsqu'il a été requis d'informer sur les circonstances de la découverte du cadavre.

Ad article 45 paragraphe (6) alinéa 4 nouveau du Code d'instruction criminelle:

(article 16 point 5 du projet de loi)

L'ajout à l'article 45 du Code d'instruction criminelle proposé par cette disposition permet d'effectuer une analyse d'ADN lorsqu'il s'agit de constater l'identité d'une personne dans le cadre d'une vérification d'identité.

Le prélèvement d'ADN n'est cependant permis que lorsque cette mesure est impérativement nécessaire à l'établissement de l'identité de la personne interpellée, et lorsqu'on se trouve dans une des hypothèses prévues par l'alinéa 2 du paragraphe (6).

Par le biais d'un renvoi opéré par la dernière phrase, les dispositions des articles 48-3 à 48-5 et 48-8 sont rendues applicables au test d'ADN effectué en vue de l'identification de l'intéressé.

Finalement, il peut encore être précisé que l'expression „... pièces s'y rapportant ...“ utilisée au paragraphe (8) de cet article s'appliquera dorénavant aussi à l'empreinte génétique établie dans le contexte d'une vérification d'identité.

Ad article 47-1 nouveau du Code d'instruction criminelle:

(article 15 point 6 du projet de loi)

La disposition en cause vise à compléter le cadre légal des enquêtes préliminaires par la possibilité d'effectuer un test d'ADN. Etant donné que, lors de ces enquêtes, des mesures d'investigation ne peuvent être prises qu'avec le consentement de l'intéressé, une analyse d'ADN effectuée dans ce contexte présuppose également, dans toutes circonstances, le consentement de l'intéressé.

Le renvoi opéré par les paragraphes (1) et (2) à, entre autres, l'article 48-5 tend à assurer que l'intéressé donne son consentement en pleine connaissance de cause. Dans le contexte du para-

graphe (2), il est entendu que la saisie des cellules humaines s'effectue par la saisie des objets sur ou dans lesquels les cellules humaines ont été découvertes.

Il importe encore de préciser que cet article ne confère pas de pouvoirs spéciaux ou nouveaux aux officiers de police judiciaire alors que cette disposition n'entend pas déroger à un des principes généraux du présent projet: la décision de procéder au prélèvement d'ADN est une prérogative du procureur d'Etat et du juge d'instruction.

Dans le cadre d'une enquête préliminaire, deux conditions sont donc à remplir lorsqu'un officier de police judiciaire veut faire procéder à un prélèvement de cellules humaines en vue de l'établissement d'un profil d'ADN: le procureur d'Etat doit avoir donné l'ordre d'y procéder et l'intéressé doit avoir donné son consentement à cette mesure, sauf bien entendu lorsque les conditions d'un prélèvement sous contrainte physique sont remplies.

Ad article 51 paragraphe (2) nouveau du Code d'instruction criminelle:

(article 16 point 7 du projet de loi)

Cette disposition vise à conférer au juge d'instruction, qui a été requis d'informer, la possibilité d'effectuer toutes les opérations prévues en la matière par les articles 48-3 à 48-6 et 48-8 du présent projet.

Chapitre IV. – Dispositions transitoire et additionnelle

Ad article 17:

Il s'agit là d'une disposition transitoire qui vise à faire appliquer la mesure prévue par l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle aux personnes dont la condamnation est devenue définitive après l'entrée en vigueur de la loi.

Il échet de rappeler à ce sujet que cette mesure n'est pas facultative et laissée à l'appréciation du procureur général d'Etat; bien au contraire elle est obligatoire et découle de plein droit de la condamnation de l'intéressé. Ce n'est que son exécution qui est mise entre les mains du procureur général d'Etat.

En l'absence de cette disposition transitoire, il surgirait la question de savoir jusqu'à quel moment et selon quels critères il pourrait être remonté dans le temps pour appliquer cette mesure à des personnes dont la condamnation est devenue définitive avant l'entrée en vigueur de la loi. Afin d'écartier toute insécurité juridique à ce sujet, il a été jugé approprié de n'appliquer cette mesure qu'aux personnes dont la condamnation est devenue définitive après l'entrée en vigueur de la loi.

Enfin, il y a lieu de préciser que la mention des condamnations étrangères par cet article concernent celles prévues au paragraphe (4) de l'article 48-7.

Ad article 18:

Il s'agit d'une disposition purement technique visant à permettre d'abrégier les références dorénavant faites à la présente loi.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5356/01

N° 5356¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

**AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE POUR
LA PROTECTION DES DONNEES**

**DEPECHE DE LA SECRETAIRE D'ETAT AUX RELATIONS AVEC LE PARLEMENT
AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(19.11.2004)

Monsieur le Président,

A la demande du Ministre de la Justice, j'ai l'honneur de vous faire parvenir en annexe l'avis de la Commission Nationale pour la Protection des Données sur le projet de loi sous rubrique.

Par ailleurs, je tiens aussi à vous signaler qu'une erreur matérielle s'est glissée dans le texte du commentaire des articles du projet de loi: au sujet du dernier mot du commentaire de l'article 13, il y a lieu de lire „condamnés“ au lieu de „criminalistique“.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération.

*Pour la Secrétaire d'Etat
aux Relations avec le Parlement,*

Daniel ANDRICH
Conseiller de Gouvernement Ire classe

*

**AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE POUR
LA PROTECTION DES DONNEES**

Conformément à l'article 32, paragraphe 3, lettre (e) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, la Commission nationale pour la protection des données a entre autres pour mission d'„être demandée en son avis sur tous les projets ou propositions de loi portant création d'un traitement de même que sur toutes les mesures réglementaires ou administratives émises sur base de la présente loi“.

C'est dans cette optique, et faisant suite à la demande lui adressée par courrier du 26 mai 2004 de Monsieur le Ministre de la Justice, que la Commission nationale entend présenter ci-après plusieurs observations, réflexions et commentaires sur le projet de loi No 5356 relatif aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle.

*

I. CONSIDERATIONS GENERALES

A) Objectif légitime mais nécessité d'une approche modérée entourée de garanties appropriées

La mise en place de banques de données rassemblant les empreintes génétiques de personnes convaincues de crimes et délits graves a fait l'objet au cours des dernières années d'initiatives législatives dans la plupart de nos pays voisins.

L'empreinte génétique est désormais considérée comme un moyen nécessaire contribuant à élucider les infractions pénales et à en identifier les auteurs.

Limité dans une première phase aux infractions d'ordre sexuel, cet instrument nouveau dans la lutte contre la criminalité a tendance à être étendu à un vaste catalogue d'infractions. L'évolution législative dans les autres pays va dans le sens que le traitement de données génétiques n'est plus limité dorénavant aux malfaiteurs condamnés mais a été étendu progressivement aux personnes soupçonnées, aux victimes, voire à d'autres tiers.

Sans mettre en doute la nécessité pour le législateur luxembourgeois d'instaurer une base juridique pour ce type de données dans le domaine pénal, la commission nationale tient à faire appel au législateur de faire preuve d'une grande prudence à l'égard de la constitution de fichiers d'empreintes génétiques qui par nature présentent des risques d'atteinte graves aux libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et notamment à leur vie privée.

Conscient du caractère particulièrement sensible des données génétiques, le législateur luxembourgeois a instauré dans la loi du 2 août 2002 un régime très restrictif pour le traitement de cette catégorie particulière de données (cf. article 6 paragraphes 3 et 4 de la loi du 2 août 2002).

En effet, il résulte des travaux parlementaires (projet de loi No 4735) que „*l'article 6 paragraphe 4 de la loi traite des données génétiques pour les soumettre à un régime particulier. Ce régime est plus restrictif que celui des catégories particulières de données, dites données sensibles visées au paragraphe (1) dans la mesure où le traitement de données génétiques n'est possible que dans certains cas bien précis à savoir:*

- *le traitement est nécessaire à la sauvegarde de la vie de la personne concernée ou d'une autre personne, dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique (inclut l'incapacité psychique) ou juridique de donner son consentement; soit*
- *le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice dès lors qu'il est effectué à cette fin exclusive. Le traitement de données génétiques est encore possible:*
- *dans le cadre de la réalisation de motifs d'intérêts publics importants, comme ceux de la recherche scientifique, historique, des statistiques publiques;*
- *dans les hypothèses visées à l'article 17 de la loi (v. nécessité pour la défense, la sûreté de la sécurité publique, activité pénale);*
- *dans le cadre des articles 6 (3) et 7;*
- *lorsque le traitement s'appuie sur le consentement de la personne concernée s'il a pour finalité la santé ou la recherche scientifique. Une telle analyse est reprise dans le rapport de Monsieur Guy Braibant (op. cit.). On reprend ici la réserve de l'indisponibilité du corps humain.*

L'optique de l'article 6 paragraphe (4) est de limiter a priori au maximum une matière dont les découvertes ne cessent de progresser mais qui à l'heure actuelle ne permet pas encore suffisamment de recul. D'autres textes comme la réglementation européenne sur la brevetabilité du génome viendront probablement interférer. (cf. document parlementaire 4735, pp. 33 et 34).

Le projet sous avis devrait à son tour refléter la même prudence et veiller à entourer le régime mis en place de mesures de sauvegarde et de garanties appropriées.

B) La structure générale du projet de loi

1) *Loi autonome et nouvelles dispositions du code d'instruction criminelle*

A l'examen du projet sous avis, l'option retenue par les auteurs du projet consiste, d'une part, à insérer de nouvelles dispositions à différents endroits du Code d'instruction criminelle et, d'autre part, de fixer certaines règles par une loi autonome.

Il ressort du commentaire des articles que „*quoi qu'il soit peu usuel que des dispositions du Code d'instruction criminelle soient accompagnées et complétées par une loi autonome, la complexité technique de la matière ADN ainsi que la sensibilité de la question du traitement des données y afférentes justifient cette façon de procéder*“ (cf. document parlementaire 5356, p. 12).

La Commission nationale aimerait d'abord relever que l'agencement du projet sous avis va à l'encontre du choix du législateur de faire régir la matière de la protection des données à caractère personnel par une loi-cadre, à savoir celle du 2 août 2002.

Dans un souci de clarté il aurait été préférable d'insérer les dispositions relatives aux empreintes génétiques, du moins celles faisant partie de ladite „loi autonome“, c'est-à-dire celles contenues aux articles 1 à 15 du projet sous avis, dans la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après la loi du 2 août 2002).

Cette approche permettrait une plus grande lisibilité quant à l'articulation des nouvelles dispositions avec celles d'ores et déjà contenues dans la loi du 2 août 2002, en particulier celles relatives aux données judiciaires et aux données génétiques.

L'option retenue par le projet sous avis d'élaborer une loi autonome rendra une lecture harmonieuse des dispositions afférentes moins évidente, voire risque de conduire à des contrariétés de texte ou à des difficultés d'interprétation.

2) *Le projet sous avis et son positionnement par rapport à la loi-cadre du 2 août 2002*

Le projet sous avis innove en ce qu'il instituera un cadre légal autonome en sus de la loi-cadre du 2 août 2002.

Ne serait-il pas dès lors approprié de préciser dans quelle mesure le projet sous avis entend le cas échéant déroger aux principes établis par la loi du 2 août 2002?

Certes, il résulte indubitablement du projet sous avis opérant plusieurs renvois à la loi du 2 août 2002 (cf. articles 4 et 8 du projet) ainsi que de l'exposé des motifs (cf. document parlementaire 5356, p. 11) que la loi-cadre a vocation à s'appliquer au projet sous avis.

Le projet de loi est toutefois muet sur l'étendue de son champ d'application. En l'absence d'un renvoi général à la loi du 2 août 2002, faut-il en déduire que cette loi s'applique dans toute sa teneur, ou faut-il en dépit de son silence considérer que le nouveau texte y déroge de façon implicite sur certains points.

Aux termes de l'article 3 paragraphe (3) de la loi du 2 août 2002 ladite loi-cadre s'applique aux traitements de données concernant la sécurité publique, la défense, la recherche et la poursuite d'infractions pénales ou la sûreté de l'Etat, même liées à un intérêt économique ou financier important de l'Etat, sans préjudice des dispositions spécifiques de droit national ou international régissant ces domaines.

Comme il ressort de l'exposé des motifs ayant conduit à la loi du 2 août 2002 (document parlementaire 4735, p. 83), le législateur a en effet opté pour un champ d'application large qui s'étend également aux personnes morales et inclut les domaines de la défense, de la sécurité publique et de la sûreté de l'Etat ainsi que les activités liées au droit pénal en vue d'instaurer un régime juridique unifié capable d'offrir un niveau de sécurité juridique approprié aux personnes concernées.

L'inclusion des quatre matières susvisées (méthode adoptée également par la loi portugaise et en partie par la loi belge) est permise par la Directive 95/46/CE et a été retenu par le législateur luxembourgeois notamment parce qu'elle présente les avantages suivants:

- clarification et unification du régime juridique de la protection des données tout en autorisant l'Etat à prévoir les limitations et dérogations nécessaires à l'exercice de la puissance publique. Certaines limitations et dérogations sont d'ores et déjà comprises dans le projet de loi. ... Les limitations et

dérogations prévues par les lois actuellement en vigueur joueront entièrement, dès lors qu'elles touchent aux personnes morales, à la défense, la sécurité publique, la sûreté et aux activités liées au droit pénal. De plus, des lois spéciales pourront à l'avenir édicter de telles limitations et dérogations.

- modifications légères des règlements grand-ducaux existants en la matière ...

Les principes du droit relatif à la protection des données s'appliquent donc en règle générale également dans les quatre matières susvisées alors même que la directive 95/46/CE (du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données) a exclu de son champ d'application les traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'Etat (y compris le bien-être économique de l'Etat lorsque ces traitements sont liés à des questions de sûreté de l'Etat) et les activités de l'Etat relatives à des domaines du droit pénal.

Des dérogations aux règles de la loi du 2 août 2002 dans ces domaines, notamment celui des activités de l'Etat liées au droit pénal, sont certes possibles mais devront prendre la forme de dispositions légales et constitueront toujours des exceptions qui seront d'interprétation stricte.

Relevons encore que l'article 13 de la directive 95/46/CE prévoit que les mesures législatives visant à limiter la portée des obligations et des droits prévus à l'article 6 paragraphe 1, à l'article 10, à l'article 11 paragraphe 1 et aux articles 12 et 21 ne peuvent être prises par les Etats membres que lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder:

- a) la sûreté de l'Etat;
- b) la défense;
- c) la sécurité publique;
- d) la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou de manquements à la déontologie dans le cas des professions réglementées.

C) Le prélèvement de cellules humaines exercé sous contrainte physique

Selon le commentaire des articles, en vertu du principe dit de la proportionnalité, il y a lieu de veiller à maintenir l'équilibre entre, d'une part, la gravité de l'intervention sur le corps humain et, d'autre part, les intérêts collectifs et privés en jeu. Il en découle notamment que des prélèvements de cellules humaines ne sauraient être imposés dans le cadre de la poursuite d'infractions mineures.

D'après les auteurs du texte, le principe de proportionnalité a été respecté dans le cadre du présent projet au motif que les dispositions permettant un prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique prévoient que ce prélèvement ne peut être effectué que si les faits en cause sont punis d'une peine d'emprisonnement d'un maximum d'au moins deux ans (cf. art. 48-5 paragraphe 3 et 48-8 point 3 ayant trait à l'article 40 deuxième phrase du Code d'instruction criminelle).

Toujours suivant le commentaire des articles, le législateur belge a résolu ce problème en 1999 en retenant la même solution que celle préconisée par le projet sous examen en prévoyant dans le cadre de la loi du 22 mars 1999 la possibilité du prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique (cf. document parlementaire 5356, pp. 13 et 14).

Dans ce contexte, la Commission nationale entend exprimer les observations suivantes:

- 1) S'il est vrai que le législateur belge a en définitive retenu que l'accord de l'intéressé n'est pas requis pour l'exécution de la mesure, toujours est-il que le recours au système du seuil de la peine (dont s'est inspiré le projet sous avis) est sensiblement différent au Luxembourg.

Contrairement au projet sous avis qui prévoit une peine d'emprisonnement d'un maximum d'au moins deux ans comme seuil minimum permettant le prélèvement contre la volonté de l'intéressé, l'article 3 de la loi belge ne l'impose que dans le cadre de la poursuite d'infractions plus lourdes en partant d'un seuil d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

- 2) Le même constat vaut pour la France où l'article 706-56, paragraphe I, cinquième alinéa, du code de procédure pénale français prévoit un seuil encore plus élevé, „lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement, le prélèvement peut être effectué sans l'accord de l'intéressé sur réquisitions écrites du procureur de la République.“

Le projet sous avis dépasse donc de loin les seuils de peines retenus par nos pays voisins.

S'agissant des cas où le prélèvement pourra être opéré contre la volonté des personnes concernées, les principes de nécessité et de proportionnalité doivent être appliqués avec d'autant plus de rigueur.

La Commission nationale estime dès lors que le projet sous avis devrait davantage s'inspirer du choix opéré par le législateur belge, voire par le législateur français, qui ont adopté tous les deux une démarche plus modérée pour tempérer le droit fondamental du respect de l'intégrité physique humaine.

D) La surveillance par une autorité de contrôle?

1) *Le procureur général d'Etat: responsable du traitement*

Selon le commentaire des articles ayant trait à l'article 6 paragraphe 1er du projet sous avis, „l'autorité la plus appropriée pour être désignée comme **responsable du traitement des données en cause est le procureur général d'Etat** alors que les données en cause sont des **données „judiciaires“** au sens de la loi du 2 août 2002 précitée“ (cf. document parlementaire 5356, p. 19).

Conformément à l'article 2 lettre (o) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, le „responsable du traitement“ est défini comme étant „la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, **détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel**. Lorsque les finalités et les moyens du traitement sont déterminés par ou en vertu des dispositions légales, le responsable du traitement est déterminé par ou en vertu des critères spécifiques conformément aux dispositions légales“.

Il résulte des travaux parlementaires (projet de loi No 4735) que la définition du responsable du traitement désigne „la personne **responsable des choix qui président à la définition et à la mise en oeuvre des traitements**. Ces choix sont relatifs aux finalités et aux moyens utilisés. Si différentes personnes ou autorités déterminent conjointement ces éléments, elles seront chacune considérées comme responsables“ (cf. document parlementaire No 4735, p. 26). Ainsi, „le responsable du traitement dispose du **pouvoir décisionnel** pour déterminer les finalités poursuivies par un traitement et les moyens à mettre en œuvre en vue de ce traitement. Il se distingue ainsi du sous-traitant chargé de l'exécution matérielle de tout ou partie du traitement“ (cf. document parlementaire No 4735¹³, p. 6).

2) *Le recours juridictionnel et l'absence d'une autorité de contrôle indépendante*

Concernant l'article 15 du projet sous avis, l'on lit dans le commentaire des articles que „cet article vise à conférer une voie de recours aux personnes invoquant la nullité d'un acte posé dans le cadre de la gestion générale des traitements de données ADN criminalistique et condamnés effectuée sous la responsabilité du procureur général d'Etat“ et que „l'insertion de cette disposition s'impose principalement par le fait que le responsable de ces traitements de données est le procureur général d'Etat et que la **mission de contrôle du responsable de ces traitements ne saurait être exercée par la commission nationale pour la protection des données, instaurée par les articles 32 et suivants de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel**“ (cf. document parlementaire 5356, p. 27).

D'après le commentaire des articles, c'est en raison du fait que les données en cause sont des données „judiciaires“ au sens de la loi du 2 août 2002 qu'il paraît justifié de désigner le procureur général d'Etat „comme responsable des traitements de données ADN qui ne permettent guère de soumettre le procureur général d'Etat à la surveillance de cette commission **qui est une autorité administrative ne relevant de surcroît pas de la personnalité morale de l'Etat**.“ (cf. document parlementaire 5356, p. 27).

a) La motivation donnée par les auteurs du projet pour faire échapper le procureur général d'Etat à la surveillance de la Commission nationale consistant à dire que cette dernière constitue „une autorité administrative ne relevant de surcroît pas de la personnalité morale de l'Etat“ est difficilement compréhensible pour la Commission nationale, puisque sa création comme autorité de contrôle indépendante, tant vis-à-vis des acteurs du secteur privé que du secteur public, était une des exigences-

clés de la directive 95/46/CE pour assurer une meilleure protection des droits des personnes concernées.

En effet, aux termes de l'article 28 paragraphe 1er de la directive 95/56/CE „*Chaque Etat membre prévoit qu'une ou plusieurs autorités publiques sont chargées de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les Etats membres en application de la présente directive. Ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies.*“

Aux yeux de la Commission nationale, une telle motivation ne constitue guère un argument pertinent pour ne pas soumettre le traitement opéré sous la responsabilité du procureur général d'Etat – mais qui en pratique sera pour l'essentiel effectué par la police grand-ducale pour son compte – à la surveillance d'une autorité de contrôle en matière de protection de la vie privée et des données personnelles.

Elle estime que le seul motif qui puisse tout au plus valablement justifier ce choix est celui de la séparation des pouvoirs qui interdit qu'une autorité administrative puisse contrôler le troisième pouvoir (à savoir le pouvoir judiciaire) qui est indépendant.

Concernant le traitement de données judiciaires (article 8 de la loi du 2 août 2002), il est intéressant de citer dans ce contexte un extrait de l'avis du Procureur général d'Etat émis à l'occasion du projet de loi No 4735 qui s'est également posé la question au sujet des responsabilités respectives des autorités judiciaires et de la Commission nationale:

„Il faudrait également préciser les responsabilités respectives des autorités judiciaires qui créent et gèrent les traitements en cause et de la Commission nationale. Pour les traitements de données relatives à des affaires en cours, notamment en matière pénale, on peut sérieusement s'interroger sur un contrôle exercé par la Commission nationale et sur un accès indirect au profit des personnes visées.“ (cf. document parlementaire No 4735², p. 2, document retiré par la suite à la demande de Monsieur le Ministre délégué aux Communications).

- b) L'article 8 paragraphe 5 de la directive prévoit que „*Le traitement de données relatives aux infractions, aux condamnations pénales ou aux mesures de sûreté ne peut être effectué que sous le contrôle de l'autorité publique ou si des garanties appropriées et spécifiques sont prévues par le droit national, sous réserve des dérogations qui peuvent être accordées par l'Etat membre sur la base de dispositions nationales prévoyant des garanties appropriées et spécifiques. Toutefois, un recueil exhaustif des condamnations pénales ne peut être tenu que sous le contrôle de l'autorité publique.*“

Le législateur luxembourgeois a créé lors de la transposition de la directive deux autorités de contrôle en matière de protection des données, l'une ayant une compétence générale que l'on pourrait qualifier de droit commun, c'est-à-dire la Commission nationale instituée en vertu de l'article 34 de la loi du 2 août 2002, l'autre ayant une mission spécifique à remplir consistant à surveiller les „données de police“ visées à l'article 17 de la loi, en l'occurrence l'autorité de contrôle instaurée sur base de l'article 17 de la loi du 2 août 2002.

Si la mission de surveillance de l'autorité de contrôle prévue à l'article 17 de la loi est strictement cantonnée aux traitements édictés à l'article 17, la Commission nationale a vocation générale pour toutes les autres matières régies par la loi-cadre.

Le projet sous avis prévoit seul un recours juridictionnel individuel de la part de la personne concernée (cf. article 15 du projet).

Or, il paraît inconcevable qu'un régime légal puisse être institué pour des données génétiques par nature hautement sensibles dont le traitement est particulièrement invasif pour la vie privée de la personne concernée, sans que le traitement envisagé soit soumis à une surveillance efficace de la part d'une autorité de contrôle indépendante qui puisse agir de sa propre initiative, indépendamment des droits individuels conférés par ailleurs à la personne concernée.

- c) Dans ce contexte, il est encore intéressant de relever que l'article R53-17 du code de procédure pénale français fait expressément état, à côté des pouvoirs réservés au magistrat compétent, des pouvoirs conférés à la CNIL, soit l'autorité de contrôle en matière de protection des données:

„Le magistrat mentionné à l'article R. 53-16 et, à sa demande, les membres du comité prévu au même article disposent d'un accès permanent au fichier et au lieu où se trouve celui-ci.

L'autorité gestionnaire du fichier lui adresse un rapport annuel d'activité ainsi que, sur sa demande, toutes informations relatives au fichier.

Ce magistrat peut ordonner toutes mesures nécessaires à l'exercice de son contrôle, telles que saisies ou copies d'informations, ainsi que l'effacement d'enregistrements illicites.

Les pouvoirs qui lui sont confiés s'exercent sans préjudice du contrôle exercé par la Commission nationale de l'informatique et des libertés en application des dispositions et selon les modalités prévues par l'article 21 de la loi No 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

E) Droits de la personne concernée

Dans ce contexte, se pose également la question relative aux droits de la personne concernée (droit à l'information, droit d'accès et droit d'opposition), inscrits aux articles 26 et suivants de la loi du 2 août 2002.

1) Le droit à l'information

Le droit à l'information de la personne concernée est consacré dans une hypothèse bien déterminée, prévue à l'article 16 du projet sous avis relatif au nouvel article 48-5 du code d'instruction criminelle.

Il serait judicieux de préciser que ce droit à l'information, qui constitue un élément fondamental de la protection de personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, répond aux exigences posées à l'article 26 de la loi du 2 août 2002 et comprend les informations y mentionnées.

Par ailleurs, les informations figurant dans l'accord écrit de la personne concernée au titre de l'article 48-5 paragraphe 2 du projet sous avis ne doivent pas se borner à faire un simple renvoi aux dispositions légales en cause, notamment aux articles 48-6 paragraphes 1 à 3, mais la personne concernée doit obtenir une information sous forme lisible et intelligible conformément au vœu de la directive 95/46/CE.

Pour le surplus, les auteurs du projet sous avis semblent considérer que le droit à l'information n'est pas applicable, sans pour autant le dire expressément en renvoyant à une des exceptions prévues à l'article 27 de la loi du 2 août 2002, telle que la lettre d), alors que le paragraphe 3 de l'article 48-5 ne fait pas état du droit à l'information dans le chef des personnes sur lesquelles un prélèvement peut être effectué sous contrainte physique.

La Commission nationale s'interroge sur la nécessité de priver les personnes paraissant présenter un lien direct avec la réalisation des faits du droit à l'information, sauf dans les cas où une telle information risquerait de compromettre le succès de l'instruction pénale.

2) Le droit d'accès

Le projet sous avis garde le silence sur la manière et auprès de quelle autorité le droit d'accès peut être exercé par la personne concernée.

Si la loi du 2 août 2002 prévoit la possibilité d'écarter le droit à l'information dans certains cas, il en va autrement pour le droit d'accès.

En effet, l'article 29 de la loi du 2 août 2002 énonce que le responsable du traitement ne peut que limiter ou différer l'exercice du droit d'accès d'une personne concernée lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour sauvegarder certains intérêts limitativement énumérés.

Il s'ensuit qu'une exclusion totale du droit d'accès serait contraire à la loi du 2 août 2002.

La Commission nationale estime qu'en raison de la sensibilité des données collectées, ce droit fondamental appartenant à la personne concernée devrait être consacré dans le projet sous avis.

A noter que l'article R53-15 du code de procédure pénale français fait expressément référence au droit d'accès réservé à la personne concernée en prévoyant que, „*le droit d'accès prévu par l'article 34 de la loi No 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés s'exerce auprès du directeur central de la police judiciaire au ministère de l'intérieur*“.

3) Le droit d'effacement

A noter que l'article 706-54 du code de procédure pénale français (partie législative) octroie en plus un droit d'effacement à certaines catégories de personnes concernées:

„Les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 sont également conservées dans ce fichier sur décision d'un officier de police judiciaire agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction; il est fait mention de cette décision au dossier de la procédure. Ces empreintes sont effacées sur instruction du procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier. Lorsqu'il est saisi par l'intéressé, le procureur de la République informe celui-ci de la suite qui a été réservée à sa demande; s'il n'a pas ordonné l'effacement, cette personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction.“

Par ailleurs, l'article R53-13-1 du code de procédure pénale français accorde un droit d'effacement à d'autres catégories de personnes concernées:

„Le procureur de la République compétent pour, en application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 706-54, ordonner d'office ou à la demande de l'intéressé l'effacement de l'enregistrement d'un résultat mentionné au 2° du I de l'article R. 53-10 est celui de la juridiction dans le ressort de laquelle a été menée la procédure ayant donné lieu à cet enregistrement.

La demande d'effacement prévue par le deuxième alinéa de l'article 706-54 doit, à peine d'irrecevabilité, être adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par déclaration au greffe. Cette demande est directement adressée au procureur de la République mentionné à l'alinéa précédent. Elle peut également être adressée au procureur de la République du domicile de l'intéressé, qui la transmet au procureur de la République compétent.

Le procureur de la République compétent fait droit à la demande d'effacement lorsqu'elle est présentée par une personne mentionnée au 5° de l'article R. 53-10.“

Suivant le point 5° de l'article R. 53-10 du code de procédure pénale français, il s'agit „5° des échantillons biologiques prélevés, avec leur accord, sur les ascendants et descendants d'une personne disparue, dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les articles 74-1 ou 80-4.“

La Commission nationale estime que pareil droit d'effacement devrait également être introduit dans le projet de loi sous avis, puisqu'un aspect de la proportionnalité réside précisément dans une durée de conservation proportionnée à la finalité poursuivie (cf. article 4 paragraphe 1er lettre d) de la loi du 2 août 2002).

Dans ce même ordre d'idées, il y a lieu de se rapporter à nos commentaires afférents au sujet de l'article 10 du projet sous avis.

4) Le droit de rectification

Aux termes de l'article 4 paragraphe 1er lettre c) de la loi du 2 août 2002, le responsable du traitement doit s'assurer que les données qu'il traite sont exactes et, si nécessaire, mises à jour; toute mesure raisonnable doit être prise pour que les données inexactes ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement, soient effacées ou rectifiées.

La Commission nationale préconise de compléter le projet sous avis par l'introduction d'un tel droit de rectification dont l'attribution à la personne concernée s'impose comme dans les situations de droit commun et même davantage dans la mesure où la catégorie particulière de données collectée peut engendrer des répercussions négatives, voire infamantes pour la vie privée des personnes fichées.

A noter qu'en vertu de l'article 29 paragraphe 4 de la loi du 2 août 2002, „en cas de limitation de l'exercice du droit d'accès de la personne concernée, le droit d'accès est exercé par la Commission nationale qui dispose d'un pouvoir d'investigation en la matière et qui fait opérer la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la présente loi. La Commission nationale peut communiquer à la personne concernée le résultat de ses investigations, sans toutefois mettre en danger la ou les finalités des traitements en question.“

F) Sécurité des traitements

- 1) „S’agissant des **mesures de sécurité particulièrement impérieuses** qui doivent entourer un fichier de cette nature, seuls des fonctionnaires de la sous-direction de la police technique et scientifique du ministère de l’Intérieur et les personnels de l’Institut de recherche criminelle de la Gendarmerie nationale, spécialement habilités et affectés au service mettant en œuvre le traitement, pourront procéder aux opérations de rapprochement entre une empreinte génétique résultant de l’analyse effectuée dans le cadre d’une recherche criminelle pour l’une des infractions sexuelles visées par l’article 706-47 du code pénal et les empreintes enregistrées dans le fichier, une traçabilité des consultations par suivi informatique étant bien évidemment mise en place. Enfin, dans le souci d’éviter toute erreur dans la saisie de la série de chiffres qui constitue l’empreinte génétique, **une double saisie sera effectuée** par deux opérateurs distincts avant tout enregistrement au fichier national.“ (cf. 20e rapport d’activité pour l’année 1999 de la CNIL, le fichier national des empreintes génétiques, p. 35).

„L’article 5 vise également à assurer **la protection et la confidentialité des traitements** de données ADN. En effet, il ne saurait être admis que ces données puissent être consultées sans motif ou pour des motifs non liés à la poursuite d’une infraction. Dans cet ordre d’idées, les informations visées par cet article doivent être enregistrées lors de chaque consultation ou comparaison, afin de pouvoir retracer quand, par qui et pour quels motifs un profil d’ADN a fait l’objet d’un traitement.“ (cf. document parlementaire 5356, p. 18).

S’il est vrai que les mesures envisagées à l’article 5 du projet contribueront à assurer une meilleure sécurité des traitements, il n’en demeure pas moins qu’aux yeux de la Commission nationale elles s’avèrent insuffisantes pour satisfaire aux conditions édictées au chapitre V de la loi du 2 août 2002 relatif à la confidentialité et à la sécurité des traitements.

Le projet sous avis devrait comporter des dispositions spécifiques au sujet des mesures de sécurité particulières à prendre par le responsable du traitement, en l’occurrence le procureur général d’Etat.

Conformément à l’article 22 paragraphe 1er de la loi du 2 août 2002, le responsable du traitement doit mettre en œuvre toutes les mesures techniques et l’organisation appropriées pour assurer la protection des données qu’il traite contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l’altération, la diffusion ou l’accès non autorisés, notamment lorsque le traitement comporte des transmissions de données dans un réseau, ainsi que contre toute autre forme de traitement illicite.

- 2) La Commission nationale aimerait encore attirer l’attention aux sources potentielles d’erreurs et à l’assurance qualité à assurer dans le domaine de l’expertise d’ADN en droit criminel en se référant à un extrait d’un article intitulé „L’EXPERTISE D’ADN EN DROIT CRIMINEL: CE QU’IL FAUT SAVOIR“ de Danielle Desmarais, Ph.D., Dr Lambert Busque, MD., FRCPC (professeur agrégé de médecine, Université de Montréal et président de PROADN Diagnostic inc., en collaboration avec Danielle Desmarais, Ph.D., directrice scientifique, PRO-ADN Diagnostic inc.):

„Lorsque l’analyse d’ADN est réalisée dans des conditions optimales, elle permet une identification des plus fiable et des plus précise. Cependant, comme dans toutes techniques sophistiquées exigeant de longues et complexes manipulations, l’erreur humaine ou technique est possible. Il importe donc de s’assurer que les normes préventives, les protocoles rigoureux et les contrôles de qualité sont respectés par tous les intervenants, que ce soit au niveau de la cueillette des échantillons, de la préparation de l’ADN, de l’analyse proprement dite et de l’interprétation des résultats.“

Tableau II – Sources potentielles d’erreurs

1. Echantillonnage

Source	Lieu	Intervenant
Collecte de spécimens	Scène du crime	Policier, enquêteur
Préparation des spécimens	Laboratoire	Technicien
Procédure d’analyse	Laboratoire	Technicien, expert, équipement
Interprétation des résultats	Laboratoire	Expert
Calcul des probabilités	Laboratoire	Expert

Une chaîne de possession claire et bien documentée doit être maintenue dès la cueillette des échantillons. Les échantillons doivent être manipulés, analysés et conservés de manière à les protéger contre la perte, les changements néfastes et les risques de contamination. A cause de sa très grande sensibilité, la technique PCR est sensible à la contamination par des sources d'ADN extérieures, comme l'ADN du manipulateur (policier et technicien de laboratoire) ou l'échange de matériel génétique d'un prélèvement à un autre. Ainsi, chaque évidence biologique ou échantillon d'ADN devrait être subdivisé afin d'en conserver une portion non manipulée, pour des fins de contre-expertise si cela s'avère nécessaire.

2. Procédure analytique

Toutes les étapes de la procédure d'analyse doivent être contrôlées et documentées de façon rigoureuse. De multiples systèmes de contrôle de qualité doivent être mis en place afin de détecter les problèmes techniques (équipements, réactifs), de contamination (contrôles expérimentaux) et ceux relatifs à la qualité de l'ADN. Toutes ces mesures permettent d'assurer l'exactitude des résultats. De plus, l'expert doit être en mesure de faire les choix qui s'imposent autant au niveau des techniques à utiliser (RFLP vs PCR) que des méthodes de travail afin de ne pas détruire la preuve et de maximiser les chances de réussite.

3. Interprétation des résultats

L'interprétation des résultats est une étape importante qui demande beaucoup de rigueur scientifique et une expérience certaine. Elle doit se faire en tenant compte des limites technologiques et scientifiques ainsi que des contrôles de qualité. De façon inconsciente ou consciente, l'interprétation des résultats peut être biaisée, soit à cause des artefacts (quantité ou qualité de l'ADN sous-optimale), soit à cause d'une fausse association en raison de la présence de contributeurs multiples dans l'échantillon, soit à cause de la sélection de résultats en voulant écarter un résultat discordant ou disculpant ou en mettant de côté certaines évidences biologiques. Il faut donc être prudent face au manque d'objectivité car des conclusions prématurées pourraient avoir des conséquences graves.

4. Calcul des probabilités

Les calculs des probabilités sont basés sur des concepts génétiques complexes qui doivent être bien maîtrisés par l'expert. A cet effet, les calculs varient selon que le profil génétique, à un locus particulier, est hétérozygote (Aa), homozygote (AA, aa) ou mixte (plusieurs contributeurs). Afin, de ne pas évaluer de façon erronée la probabilité d'une concordance positive entre deux profils génétiques, une grande précaution demeure de rigueur, principalement lorsqu'il s'agit d'échantillons à contributeurs multiples. De plus, l'analyse statistique n'aura une signification que si on utilise des bases de données pertinentes.

*

II. LES DISPOSITIONS ESSENTIELLES DU PROJET DE LOI SOUS AVIS

Les dispositions essentielles du projet de loi sous avis qui soulèvent des questions relatives à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel sont les suivantes:

A) Article 3: l'expert chargé de l'établissement du profil d'ADN

Il résulte du commentaire des articles que „*Plusieurs raisons font en effet qu'il y a lieu de s'inspirer de ces textes: tout d'abord, les méthodes d'analyses utilisées dans divers pays européens se font selon les mêmes procédures techniques et beaucoup d'analyses de cellules humaines prélevées au Luxembourg, surtout à l'heure actuelle et certainement encore dans une première phase après l'entrée en vigueur de la présente loi, seront exécutées dans les laboratoires des pays voisins, de sorte que la reprise des principes élémentaires en usage dans ces pays facilitera cette pratique.*“ (cf. document parlementaire 5356, p. 16).

Si l'article 3 introduit certaines règles élémentaires concernant la procédure d'analyse dans le but d'assurer la plus grande qualité possible des profils d'ADN établis, toujours est-il que cet article passe sous silence les qualités auxquelles doit répondre l'expert y chargé de procéder à l'établissement du profil d'ADN.

Contrairement au projet sous avis, l'article 2 de la loi belge du 22 mars 1999 prévoit la désignation d'un expert „attaché à un laboratoire agréé par le Roi“ et l'article 7 dispose encore qu'un règlement détermine les „modalités relatives à l'agrément des laboratoires et à la possibilité de requérir des laboratoires étrangers“ et fixe les garanties particulières en matière de confidentialité et de protection des données à caractère personnel.

Il conviendrait dès lors de préciser si l'expert visé est un expert assermenté choisi sur la liste officielle des experts judiciaires, voire d'entourer sa désignation de garanties appropriées en raison des données traitées en cause, par nature très sensibles.

B) Article 4: un profil ADN constitue-t-il une donnée à caractère personnel?

1) La notion de donnée à caractère personnel

a) Une donnée personnelle est une information permettant d'identifier ou rendant identifiable la personne concernée par cette donnée.

D'après le considérant 26 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données:

„Les principes de la protection doivent s'appliquer à toute information concernant une personne identifiée ou identifiable; que, pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en oeuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne, pour identifier ladite personne ...“

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a récemment rappelé lors d'une Recommandation adoptée le 18 septembre 2002, lors de la 808e réunion des Délégués des Ministres Rec (2002)9 et relative à la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance (CONSEIL DE L'EUROPE, COMITE DES MINISTRES, Recommandation Rec (2002)9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance (http://cm.coe.int/stst/F/Public/2002/adopted_texts/recommendations/f2002r9.htm) que:

„a. L'expression „données à caractère personnel“ englobe toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable („personne concernée“). Une personne physique n'est pas considérée comme „identifiable“ si cette identification nécessite des délais et des activités déraisonnables.“

Il s'ensuit qu'une personne est identifiable si des moyens raisonnables suffisent. Ces moyens peuvent être utilisés tant par la personne qui traite ces informations que par un tiers. La qualification de moyen raisonnable doit être mise en perspective avec les moyens technologiques de plus en plus poussés à disposition des personnes qui traitent des informations. Il appartient naturellement aux autorités de contrôle de définir la limite du moyen raisonnable.

L'article 2 a) de la Directive 95/46/CE, tout en reprenant l'essentiel du considérant 26 ajoute une présomption:

„Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) „données à caractère personnel“: toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale;“

De plus, est présumée identifiable, la personne se rattachant à un numéro d'identification ou à une ou plusieurs informations propres à son identité.

Cette présomption est reprise dans la loi du 2 août 2002 et amplifiée puisqu'on y fait aussi référence aux informations génétiques. Cet ajout se justifie, tout d'abord parce que le patrimoine génétique est un élément propre de chaque individu, ensuite, parce que la loi intègre la question des données génétiques ce que ne fait pas spécifiquement la directive 95/46/CE (sans pour autant les exclure).

Aux termes de la lettre (e) de l'article 2 de la loi, la „donnée à caractère personnel“ est définie comme étant „toute information de quelque nature qu'elle soit et indépendamment de son support,

y compris le son et l'image, concernant une personne identifiée ou identifiable („personne concernée“); une personne physique ou morale est réputée identifiable si elle peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, culturelle, sociale ou économique“.

Enfin, la loi luxembourgeoise, ajoute une présomption de caractère propre pour les données génétiques.

En résumé, une donnée est à caractère personnel si quelqu'un peut, par l'utilisation de moyens raisonnables et appropriés identifier la personne qui se cache derrière cette donnée. Elle sera réputée à caractère personnel si elle fait référence à son numéro d'identification ou à un caractère propre de la personne (physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale).

A noter que la donnée génétique a été définie à l'article 2, lettre g), de la loi du 2 août 2002 comme étant „toute donnée concernant les caractères héréditaires d'un individu ou d'un groupe d'individus apparentés“, et que la lettre f) de l'article 2 ajoute que la „donnée relative à la santé“ vise toute information concernant l'état physique et mental d'une personne concernée, y compris les données génétiques.

La définition de la „donnée génétique“ (art. 6 (1) (b)) en question est reprise de la Recommandation No R (97) 5 du 13 février 1997 du comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection des données médicales. La définition précise, que la donnée génétique „se réfère également à toute donnée portant sur l'échange de toute information génétique (gènes) concernant un individu ou une lignée génétique, en rapport avec les aspects, quels qu'ils soient, de la santé ou d'une maladie, qu'elle constitue ou non un caractère identifiable“, la lignée génétique étant considérée comme la lignée „constituée par des similitudes génétiques résultant d'une procréation et partagées par deux ou plusieurs individus“.“ (cf. document parlementaire 4735, p. 32).

Cependant, d'après les travaux parlementaires, toute donnée génétique quel que soit son caractère scientifique n'est pas nécessairement relative à la santé. Par exemple le gène récessif ou dominant déterminant la couleur des cheveux ou celui déterminant leur nombre ne pourra pas a priori être classé dans la catégorie des données relatives à la santé de la personne concernée. Ceci justifie la distinction entre ces deux notions tant au niveau des définitions que dans la structure des articles 6 et 7 de la loi. (cf. document parlementaire 4735, p. 94).

- b) Il ressort encore des travaux parlementaires (projet de loi No 4735) que les auteurs Marie-Hélène Boulanger, Cécile de Terwangne, Thierry Léonard, Sophie Louveaux, Damien Moreau et Yves Pouillet, dans leur dossier „La protection des données à caractère personnel en droit communautaire“, paru dans le Journal des Tribunaux – Droit européen, juin 1997, considèrent que „**dès lors que, techniquement, in abstracto, un moyen existe de rendre les personnes concernées identifiables, elles sont réputées telles par la définition. Le caractère identifiable apparaît alors comme relatif eu égard aux possibilités d'identification du ou des responsables**“ [du traitement]. „Il revient (...) à la personne qui traite les données et qui considère ne pas devoir respecter les principes protecteurs, de rapporter la preuve du caractère anonyme de celles-ci dans son chef; en présentant toute garantie utile quant à la conservation du caractère anonyme des données (...)“ (cf. document parlementaire 4735, p. 25).
- c) Reproduisons dans ce contexte en outre un extrait du document de travail sur les données génétiques du groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel („groupe 29“) dans le cadre du WP 91 1/97, adopté par le groupe le 17 mars 2004 (voir sous le hyperlien http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/wpdocs/2004/wp91_fr.pdf

„Il ne fait aucun doute que les informations génétiques sont couvertes par cette définition. En effet, le lien avec une personne donnée, c'est-à-dire le fait que la personne concernée est identifiée ou identifiable, est évident dans la majorité des cas. Il reste que, dans certains cas, ce n'est pas aussi clair, comme en ce qui concerne les échantillons d'ADN prélevés sur le lieu d'un crime. **Toutefois, ce type d'échantillons est susceptible de constituer une source de données personnelles puisqu'il peut être possible d'associer des échantillons d'ADN à une personne donnée, surtout lorsque leur origine a été confirmée par un tribunal sur la base des preuves scientifiques. C'est pourquoi la réglementation en matière de données génétiques doit également examiner le statut juridique des échantillons d'ADN** (cf. p. 5 du document).“

2) Le profil ADN

D'après l'article 4 (2) du projet sous avis „Un profil d'ADN établi est à considérer comme donnée à caractère personnel, au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, à partir du moment où le code alphanumérique de l'analyse d'ADN a été associé à une information relative à la personne physique en cause permettant de l'identifier.“

La Commission nationale ne saurait partager ce point de vue. Elle se rallie sur ce point à l'avis de la Commission belge pour la protection de la vie privée rendu sur l'avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale en Belgique:

„11. Les profils ADN constituent des données à caractère personnel, même s'ils ne sont pas encore identifiés. En effet, les données à caractère personnel sont des données relatives à une personne physique identifiée ou identifiable. Chaque profil ADN peut en principe être identifié. L'identification des personnes constitue d'ailleurs la finalité explicite de ces traitements de données.

12. Dans la mesure où, dans l'état actuel de la science, aucune donnée concernant la santé ne peut être déduite à partir de segments d'ADN non codants, ces données ne constituent pas des données médicales au sens de l'article 7 de la loi du 8 décembre 1992 (loi relative aux traitements de données à caractère personnel, ci-après LTDP). Aussi, la surveillance d'un praticien de l'art de guérir n'est-elle pas requise. Il convient toutefois de souligner que l'article 1er, alinéa 2 de la recommandation R (97) 5 inclut de manière générale les données génétiques dans les données médicales. Il n'est, en effet pas exclu qu'à terme, l'on puisse également déduire des données médicales à partir des segments d'ADN non codants.

En fonction des données complémentaires qui sont enregistrées dans les banques de données, il convient de considérer qu'il s'agit également de traitements de données judiciaires. Les données enregistrées dans la banque de données „Condamnés“, qui contient les profils ADN de personnes condamnées du chef de certaines infractions, doivent certainement être considérées comme des données judiciaires.“ (cf. avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale; Commission pour la protection de la vie privée, Belgique, Numéro: JZ985ED_1, Numéro de rôle: 17/98 du 14 mai 1998.)

C) Article 6 paragraphe 2: les interconnexions prévues par la loi

Aux termes du second paragraphe de l'article 6 du projet sous avis, „les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés ne peuvent faire l'objet d'aucune interconnexion, entre eux ou avec d'autres traitements de données à caractère personnel, **autre que celles prévues par la présente loi.**“

La Commission nationale salue l'approche du gouvernement d'utiliser le terme „interconnexion“ dans le même sens suivant lequel il est utilisé aux articles 2 litt. (j) et 16 de la loi-cadre du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (cf. document parlementaire No 5356, p. 20).

Elle se demande toutefois, au vu du projet sous avis, quelles sont les interconnexions expressément instaurées par le projet sous avis, alors que le terme „interconnexion“ ne figure qu'à l'article 6.

S'agit-il des „comparaisons“ évoquées dans plusieurs articles (articles 5, 10, 12 et 16)? A noter que le terme „comparaison“ n'est d'ailleurs pas expressément mentionné comme une opération spécifique de traitement de données au sens de la notion de „rapprochement“ telle que visée à l'article 2 lettre s) de la loi du 2 août 2002.

Au niveau du commentaire des articles, il est écrit dans ce contexte que „dans le cadre du présent projet, le terme de „consultation“ vise plutôt la vérification ou le rapprochement d'un profil d'ADN déterminé à un autre, notamment par voie manuelle, tandis que le terme „comparaison“ vise plutôt une comparaison systématique d'un grand nombre de profils d'ADN par le biais d'un outil informatique.“ (cf. document parlementaire No 5356, p. 18).

Le projet sous avis devrait donc énumérer de façon précise quelles interconnexions il entend autoriser par voie légale, étant donné que l'article 16 de la loi du 2 août 2002 dispose en son paragraphe 1er que „l'interconnexion de données **qui n'est pas expressément prévue par un texte légal doit faire**

l'objet d'une autorisation préalable de la Commission nationale sur demande conjointe présentée par les responsables des traitements en cause“.

Au cas où une demande d'autorisation préalable ayant pour objet une interconnexion de données est introduite auprès de la Commission nationale, celle-ci doit examiner la licéité du traitement et les garanties concernant la compatibilité des finalités des traitements à interconnecter au regard du cadre légal prescrit à l'article 16 de la loi du 2 août 2002 (cf. document parlementaire No 4735⁸, p. 10; amendements adoptés par la commission des médias et des communications).

En revanche, si le législateur entend – comme en l'espèce – autoriser une interconnexion de données par une loi, il résulte des travaux parlementaires relatifs au projet de loi ayant mené à la loi du 2 août 2002 que „l'élaboration de textes législatifs ou réglementaires autorisant une interconnexion de données devraient s'inspirer de la **ratio** des dispositions de l'article 16“ (document parlementaire 4735¹³, p. 30; rapport de la commission des médias et des communications).

D) Articles 48-3 et 48-5 nouveaux du code d'instruction criminelle

Selon le commentaire des articles au sujet de l'article 48-3 nouveau du code d'instruction criminelle „La formule „... **personnes concernées par une infraction** ...“ a été choisie à dessein afin de permettre d'établir un profil d'ADN dans un large éventail de cas de figure. L'idée est de rendre possible, par exemple, d'établir les profils d'ADN de personnes qui se sont trouvées dans des conditions spatio-temporelles particulières par rapport à la commission de l'infraction (un groupe de personnes qui étaient toutes présentes peu avant la commission des faits dans l'appartement où un cadavre a été découvert, **les habitants d'un village aux bords duquel une fille a été retrouvée morte et violée**, les profils d'ADN de certains membres de la famille d'une victime disparue sont nécessaires pour établir si des cellules humaines retrouvées appartiennent à la victime en cause, etc.). (cf. document parlementaire No 5356, p. 29).

Selon le commentaire des articles, la formulation retenue à l'article 48-5 paragraphe (3) nouveau du projet „... **personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause** ...“ „est inspirée de l'article 90^{undecies} § 1^{er} du Code d'instruction criminelle belge tel que celui-ci y a été introduit par l'article 5 de la loi du 22 mars 1999 et signifie en fait que le prélèvement sous contrainte peut être effectué également sur des personnes qui ne sont pas, ou pas encore, considérées comme suspects mais qui sont néanmoins impliquées dans la genèse des faits, comme la victime, **ou une personne ayant été sur les lieux du crime peu avant sa commission**. Or, si ce principe peut faire croire à première vue à une application trop large de la technique d'ADN, elle permet cependant aussi de disculper des innocents et, surtout, d'orienter une enquête dès le début dans la bonne direction.“

Il appert que la formulation employée à l'article 48-3 paragraphe (1) „... **personnes concernées par une infraction** ...“ est distincte de celle „... **personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause** ...“ utilisée à l'article 48-5 paragraphe (3) du projet.

Quant à la première catégorie, le traitement ne sera possible qu'avec le consentement de la personne concernée, tandis que pour la seconde catégorie un prélèvement sous contrainte physique peut être effectué sur la personne concernée.

L'intention du législateur vise donc à limiter davantage les hypothèses dans lesquelles un prélèvement sous contrainte physique peut être opéré au motif qu'une „personne concernée par une infraction“ n'est pas ipso facto aussi une personne qui „paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause“.

La Commission nationale ne peut que saluer l'approche restrictive adoptée par le projet sous avis. Comme l'a relevé à juste titre la Commission belge pour la protection de la vie privée dans son avis rendu sur l'avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale en Belgique, un recensement collectif de profils ADN ne devrait être possible que sur base d'une participation volontaire de la population concernée. La Commission belge critiquait qu'une telle collecte puisse être imposée sous contrainte physique en citant justement le même exemple que celui évoqué dans le projet sous avis:

*„... dans le cadre d'une affaire locale de viol, soumettre l'ensemble de la population masculine d'un village à une analyse ADN est considéré comme étant une application **disproportionnée**.“* (cf. avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale; Commission pour la protection de la vie privée, Belgique, Numéro: JZ985ED_1, Numéro de rôle: 17/98 du 14 mai 1998.)

Tel que les deux articles susmentionnés sont rédigés, il semble que l'intention du législateur soit celle de recueillir le consentement de la population concernée en cas d'un recensement collectif de profils ADN, de sorte que sous ce rapport le principe de proportionnalité est respecté.

Pour enlever tout malentendu, il serait peut-être opportun de préciser expressément dans le projet de loi que cette formulation est à distinguer de celle retenue au niveau de l'article 48-3 „... personnes concernées par une infraction ...“.

La Commission nationale se montre toutefois préoccupée devant le risque de voir un grand nombre de personnes innocentes forcées à se soumettre à un prélèvement de leur profil ADN au titre de l'article 48-5 nouveau du code d'instruction criminelle, étant donné que la notion de „... personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause ...“ reste un critère de délimitation assez vague qui s'avérera difficile à manier par les autorités publiques lors de sa mise en oeuvre concrète.

Contrairement au projet sous avis, l'article 706-54 du code de procédure pénale français (partie législative) adopte une autre approche, plus mesurée, en énumérant limitativement les personnes dont les empreintes génétiques peuvent être centralisées dans le fichier national.

D'après le texte français, il s'agit grosso modo des cas d'ouverture suivants:

*„Le fichier national automatisé des empreintes génétiques, placé sous le contrôle d'un magistrat, est destiné à centraliser les empreintes génétiques issues des traces biologiques ainsi que les empreintes génétiques des **personnes condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55** en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs de ces infractions.*

*Les empreintes génétiques **des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-51** sont également conservées dans ce fichier sur décision d'un officier de police judiciaire agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction; il est fait mention de cette décision au dossier de la procédure. ...*

*Les officiers de police judiciaire peuvent également, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte **de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit**, avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée. Le fichier prévu par le présent article contient également **les empreintes génétiques issues des traces biologiques recueillies à l'occasion des procédures de recherche des causes de la mort ou de recherche des causes d'une disparition** prévues par les articles 74, 74-1 et 80-4 ainsi que **les empreintes génétiques correspondant ou susceptibles de correspondre aux personnes décédées ou recherchées ...**“*

Force est de constater que l'empreinte génétique de simples témoins ou d'autres personnes innocentes ne sera pas enregistrée en France.

E) Article 9 paragraphe 3: comparaison négative

*„En revanche, et l'alinéa 2 du paragraphe (3) (de l'article 9) le précise, si ces comparaisons ont été négatives, cela revient à dire que **l'intéressé n'est ni impliqué dans l'affaire en cause, ni dans une autre enquête préliminaire ou instruction préparatoire d'ailleurs**, et n'a encore jamais été condamné pour une des infractions prévues à l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle. Dans ce cas, il n'y a aucune raison qui pourrait justifier que le profil d'ADN de cette personne figure au traitement ADN criminalistique; **la conséquence en est que ce profil d'ADN ne peut plus faire l'objet d'un traitement ADN dans la suite, ni „criminalistique“, ni „condamnés**“ “ (cf. document parlementaire No 5356, p. 21).*

La Commission nationale regrette que cet article n'indique pas à l'abri de tout doute si les profils ADN obtenus sur base volontaire à l'occasion d'un recensement collectif auprès d'une population concernée dans la mesure où la comparaison a abouti à un résultat négatif ne sont pas insérés au traitement ADN criminalistique. Elle estime que tel devrait être le cas et suggère de compléter le texte en ce sens et d'ajouter une disposition prescrivant la destruction de ces empreintes.

Il faudrait par ailleurs prévoir une disposition légale permettant à tout intéressé d'obtenir la radiation de ses propres données lorsque l'enquête pénale a établi la culpabilité d'un tiers et le coupable a été condamné en dernier ressort, ou encore mieux de prévoir un mécanisme, doté le cas échéant d'une

alerte automatique, qui procède à la suppression des empreintes lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire au regard de la finalité poursuivie.

Dans un souci d'éviter que des personnes innocentes restent fichées, le cas échéant même à leur insu ou contre leur volonté, en vue de comparaisons futures, le projet sous avis devrait clairement régler le sort de ces empreintes.

F) Articles 10 et 13: la durée de conservation des profils ADN

Aux termes de l'article 10 paragraphe (1) du projet sous avis:

„Un profil d'ADN ayant pu être attribué à une personne déterminée ainsi que les informations y relatives peuvent faire l'objet du traitement ADN criminalistique jusqu'au jour où:

1. *la personne à laquelle il se rapporte a été acquittée, par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée, pour les faits ayant donné lieu à l'établissement de son profil d'ADN;*
2. *les faits ayant donné lieu à l'établissement du profil d'ADN en cause sont prescrits;*
3. *un délai de 10 ans s'est écoulé après le décès de cette personne.“*

1) La Commission nationale se doit de souligner l'importance capitale de l'article 10 pour la protection de la vie privée des personnes concernées.

D'après le commentaire des articles, *„les trois hypothèses visées par le paragraphe (1) de cet article poursuivent cependant un même but, à savoir celui de ne maintenir ces données dans le traitement ADN criminalistique **qu'aussi longtemps que ce maintien est justifié par la finalité du traitement** conformément à l'esprit et à la lettre de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.“* (cf. document parlementaire No 5356, p. 22).

S'il est vrai que l'article en question passe sous silence si les données sont conservées de la façon la plus favorable pour la personne concernée, c'est-à-dire sont effacées dès l'instant où l'une des trois hypothèses se trouve remplie, ou si ce n'est qu'à compter du moment où la dernière des trois hypothèses se trouve réunie que l'effacement définitif des données est justifié, il n'en reste pas moins que seule la première interprétation consistant à supprimer les données du traitement ADN criminalistique dès que l'une des trois hypothèses se trouve remplie serait conforme avec le principe de finalité.

Pour souligner le caractère alternatif des trois hypothèses portant effacement des données du traitement ADN criminalistique, une précision afférente au niveau de l'article 10 paragraphe 1er s'impose dès lors et qui pourrait consister à ajouter à la fin de chaque hypothèse décrite le terme „ou“.

2) Quant au premier point du premier paragraphe de l'article 10, il ressort du projet sous avis que seules les décisions judiciaires d'acquiescement peuvent déclencher la suppression du profil d'ADN du traitement ADN criminalistique; que les décisions de classement sans suites, de condamnation avec sursis, probatoire ou non, ou encore de suspension du prononcé, probatoire ou non, sont sans influence sur le maintien du profil d'ADN en cause au traitement ADN criminalistique; et que la même solution s'impose encore en cas de décision de non-lieu prononcée en application de l'article 128 du Code d'instruction criminelle alors qu'une reprise des poursuites reste possible s'il y a survenance de charges nouvelles au sens de l'article 135 du Code d'instruction criminelle. (cf. document parlementaire No 5356, p.22).

La Commission nationale voudrait exprimer ses plus grandes réserves par rapport à cette disposition du projet de loi, en particulier du maintien des données en cas de décisions de classement sans suites ou de non-lieu.

Elle estime que ces données ne sont plus pertinentes ni nécessaires au regard de la finalité poursuivie pour lesquelles elles ont été collectées et que leur conservation n'est dès lors plus justifiée, de sorte que leur effacement est de mise conformément à l'article 4 paragraphe 1er de la loi du 2 août 2002.

La Commission nationale regrette que le projet sous avis ne comporte pas de disposition impérative en ce sens à l'instar de la législation française et renvoie à ce sujet à ses observations relatives au droit d'effacement.

3) En vertu de l'article 13 du projet sous avis, un profil d'ADN et les données à caractère personnel y afférentes ne peuvent plus faire l'objet du traitement ADN condamnés 10 ans après le décès de la personne à laquelle ces informations se rapportent.

Suivant le commentaire des articles, „la **réhabilitation** prévue par les articles 644 et suivants du Code d'instruction criminelle est sans influence sur le maintien des données ADN dans le traitement ADN **criminalistique**“.

D'abord, est-ce que les auteurs du projet sous avis n'ont-ils pas voulu viser ici le traitement ADN condamnés, et non pas le traitement ADN criminalistique tel que mentionné au commentaire des articles?

Quoi qu'il en soit, la Commission nationale est d'avis qu'il n'y a plus de nécessité de faire figurer une personne réhabilitée dans le traitement criminalistique, voire condamnés, étant donné que la réhabilitation qui constitue un puissant instrument de resocialisation tend justement à permettre à l'ancien condamné de vivre dans des conditions et situations de nature à éviter de nouvelles manifestations criminelles ou délictueuses, prévues par le Code pénal (cf. document parlementaire, 1975-1976, No 1718¹, cité dans „Lexique de procédure pénale de droit luxembourgeois“, Gaston VOGEL, point 864, p. 347 et s.).

L'article 657 du code d'instruction criminelle dispose entre autres que la réhabilitation fait cesser pour l'avenir, dans la personne du condamné, tous les effets de la condamnation, sans préjudice des droits acquis aux tiers, notamment elle empêche que la condamnation serve de base à la récidive, fasse obstacle à la condamnation conditionnelle, ou soit mentionnée dans les extraits du casier judiciaire. L'article 658 du code d'instruction criminelle ajoute que les condamnations ... seront effacées des registres du casier judiciaire lorsque la réhabilitation légale ou judiciaire sera acquise au condamné.

Concrètement, cela revient à dire que malgré le fait que le condamné a été réhabilité et ses condamnations enlevées des registres du casier judiciaire, les empreintes génétiques de cette personne restent dans le fichier ADN créé par le présent projet de loi.

Le traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques risque ainsi de devenir au fil du temps un casier judiciaire parallèle comportant des informations qui ne figurent pas au casier judiciaire lui-même.

4) Le second paragraphe de l'article 10 du projet de loi bouleverse de fond en comble le régime d'effacement instauré par le premier paragraphe en prévoyant le maintien de ces informations au traitement ADN criminalistique „si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une **comparaison positive** en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire“.

D'après le commentaire des articles, „le paragraphe (2) de cet article apporte un **certain correctif** au paragraphe (1) en ce qu'il vise à assurer que des données ADN peuvent être maintenues au traitement ADN criminalistique lorsque la finalité de ce traitement l'exige **même si, stricto sensu, les hypothèses prévues par le paragraphe 1 se sont réalisées**“ au motif qu'il „ne faut pas oublier en effet que, d'une part, les profils d'ADN faisant l'objet du traitement ADN criminalistique ne sont pas exclusivement ceux de suspects, prévenus ou inculpés et que, d'autre part, une personne physique peut être impliquée dans plusieurs affaires en des qualités différentes, tantôt en tant qu'auteur, tantôt en tant que victime.“ (cf. document parlementaire No 5356, p. 22).

La Commission nationale reste perplexe quant au bien-fondé d'un pareil correctif qui peut engendrer des abus en pratique, puisque d'éventuels détournements de finalité se trouveront facilités.

5) La Commission nationale fait en outre siennes les réflexions de la Commission belge pour la protection de la vie privée exprimées dans son avis concernant l'avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale en Belgique en ce qui concerne les objectifs recherchés par le législateur et sur la base de ceux-ci, les délais de conservation des profils ADN dans la banque de données „Criminalistique“.

„Si l'objectif poursuivi par le législateur consiste uniquement à identifier des traces découvertes dans le cadre d'une infraction déterminée, cet objectif est atteint lorsque les traces ont été identifiées; les profils ADN devraient dès lors être effacés de la banque de données dès que l'identification a été réalisée. Dans cette optique, il conviendrait même de qualifier de disproportionné l'enregistrement de profils ADN déjà identifiés dans la banque de données „Criminalistique“. Toutefois, si comme en l'espèce l'objectif est de disposer de suffisamment de moyens **en vue d'en-**

quêter sur des infractions futures, la conservation de traces identifiées peut se révéler importante. Dans ce cas, on crée toutefois une banque de données de suspects potentiels, avec toutes les possibilités d'abus que cela implique. (cf. avant-projet de loi relatif à l'analyse ADN en matière pénale; Commission pour la protection de la vie privée, Belgique, Numéro: JZ985ED_1, Numéro de rôle: 17/98 du 14 mai 1998.)

Ainsi décidé à Esch-sur-Alzette en date du 8 octobre 2004

Gérard LOMMEL
Président

Edouard DELOSCH
Membre effectif

Pierre WEIMERSKIRCH
Membre effectif

Service Central des Imprimés de l'Etat

5356/02

N° 5356²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2004-2005

PROJET DE LOI

**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Dépêche de la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (27.1.2005)	1
2) Avis du Procureur général d'Etat (14.1.2005)	2

*

**DEPECHE DE LA SECRETAIRE D'ETAT AUX RELATIONS AVEC LE
PARLEMENT AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**
(27.1.2005)

Monsieur le Président,

A la demande du Ministre de la Justice, j'ai l'honneur de vous faire parvenir en annexe *l'avis de Monsieur le Procureur Général d'Etat* sur le projet de loi sous rubrique.

Par ailleurs, Monsieur le Ministre aimerait vous informer que les propositions de modification préconisées par le Parquet Général trouvent son accord.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération.

*Pour la Secrétaire d'Etat
aux Relations avec le Parlement,*
Daniel ANDRICH
Conseiller de Gouvernement 1re classe

*

AVIS DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

(14.1.2005)

Par lettre du 16 décembre 2004, Monsieur le Ministre de la justice a invité le Procureur général d'Etat à formuler un avis sur le projet de loi sous rubrique et à prendre position sur l'avis de la Commission nationale pour la protection des données.

Le Parquet général voudrait axer ses observations autour de trois points:

- souligner l'importance de la technique des empreintes génétiques dans le cadre de la recherche d'auteurs d'infractions et insister sur une série d'aspects pratiques
- faire quelques observations ponctuelles d'ordre technique sur le projet de loi
- prendre position par rapport à l'avis de la Commission nationale pour la protection des données.

*

A. L'IMPORTANCE DE LA TECHNIQUE ADN ET LES CONDITIONS DE SA MISE EN PRATIQUE

Dans le procès pénal, la preuve tend à déterminer qui est l'auteur de l'infraction. Elle peut être établie par des constatations directes (des „pièces à conviction“), des témoignages, l'obtention de l'aveu ou encore par le recueil d'indices. Toutefois, il a fallu attendre l'avènement de la médecine légale et de la police scientifique (appelée aussi criminalistique) pour que cette dernière catégorie de moyens de preuve occupe une place de premier ordre dans l'enquête criminelle. Découvrir des indices, les interpréter et apprécier leur valeur implique, en effet, une technique et une compétence particulières. A noter, à cet égard, que le Luxembourg n'est pas encore doté d'un institut de médecine légale et d'une police scientifique propre à la Justice, indépendants et disposant de l'infrastructure personnelle et scientifique adéquate, mais continue à vivre d'expédients et du recours, au cas par cas, à des institutions et experts étrangers avec tous les inconvénients que cela comporte.

Comme il est relevé dans l'exposé des motifs du projet de loi sous examen, ce projet vise à renforcer les moyens de lutte contre la criminalité en conférant une base juridique adéquate à l'établissement de profils ADN.

Le principe de l'investigation génétique consiste en des analyses génétiques réalisées sur des éléments retrouvés sur la „scène“ de l'infraction ou sur des prélèvements opérés sur la victime, d'une part, et en des analyses génétiques sur des prélèvements de comparaison effectués sur le ou les auteurs présumés de l'infraction constatée, d'autre part.

L'analyse génétique fonctionne aussi bien à charge qu'à décharge. Elle est aussi bien un moyen de confondre des coupables que de disculper des innocents.

La méthode d'identification génétique dans les enquêtes pénales est de plus en plus utilisée. A défaut de compétence relative au domaine scientifique de l'analyse génétique, le parquet général n'entend pas s'appesantir sur ces aspects scientifiques. On ne saurait cependant ignorer, sans remettre en cause les acquis scientifiques, que la fiabilité de l'analyse génétique dans le domaine de l'identification „criminelle“ a fait l'objet, à une certaine époque, de critiques ou du moins de réserves basées sur l'insuffisance des méthodes employées et sur les risques d'erreur en cas de matériel prélevé „contaminé“ (affaire Castro en 1989 aux USA). Entre-temps les méthodes d'analyse génétique se sont affinées et perfectionnées, grâce au développement scientifique en ce domaine, entre autres du fait de la multiplication des marqueurs génétiques pour déterminer le profil ADN, à un point tel que la fiabilité du résultat de ces analyses, si l'ensemble du procédé a été suivi correctement, est en général estimée actuellement à près de 100% (voir le rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire par le Député Christian CABAL déposé le 7 juin 2001 à l'Assemblée nationale française).

Pour assurer que l'ensemble du procédé soit suivi correctement, il importe cependant de prendre sur le plan légal et, surtout, sur le plan pratique des dispositions de nature à garantir la fiabilité du résultat des analyses en question. Je me limiterai, à cet égard, en ce chapitre de l'avis, à développer des considérations relatives à la mise en pratique des différentes phases de l'analyse génétique en m'inspirant essentiellement du rapport d'information sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques,

déposé le 18 décembre 2002 à l'Assemblée nationale française par la Commission des finances, de l'Economie générale et du plan et présenté par le Député Marc LE FUR:

I. Quant aux prélèvements et à la conservation du matériel biologique

1) L'utilisation de la technique des empreintes génétiques doit reposer sur une qualité optimale des prélèvements, car un prélèvement mal fait, s'il ne rend pas impossible l'expertise, affaiblit considérablement la fiabilité des réponses données, à part le problème des prélèvements qui n'ont pas été effectués par ignorance ou incompetence ou qui ont été rendus impossibles par l'altération des lieux de l'infraction. Les prélèvements doivent donc être effectués dans les meilleurs délais par des personnes compétentes, qualifiées à cet effet par leur profession ou, pour le moins, par une formation adéquate.

2) Il importe de répertorier les prélèvements avec exactitude, précision et de façon minutieuse.

3) La conservation et donc la préservation des prélèvements doit s'effectuer, en vue de ne pas les altérer, en des contenants et des lieux appropriés et en des conditions optimales au regard de leurs caractéristiques. Des experts étrangers qualifiés et expérimentés devraient être consultés à cet effet. Il en est de même du transport des prélèvements.

La France a installé un service central de préservation des prélèvements biologiques à l'Institut de recherche criminelle de la Gendarmerie nationale à Rosny-sous-Bois.

II. Laboratoires d'analyse génétique

L'Etat a le choix soit d'installer, dans le cadre d'un laboratoire de police scientifique, un laboratoire d'analyse génétique, soit de faire procéder aux analyses par des laboratoires spécialement qualifiés à cet effet.

Dans l'un comme dans l'autre cas le(s) laboratoire(s) devrai(en)t répondre aux exigences de qualité définies dans un référentiel publié et accepté par la communauté scientifique internationale. L'Association européenne des laboratoires de police scientifique (ENSFI) recommande la mise en conformité des laboratoires aux normes ISO 9002 ou 17025.

En France, une procédure d'agrément des personnes et laboratoires habilités à procéder à des missions d'identification par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire pénale a été créée et une commission a été instituée à ces fins; elle est présidée par un magistrat de la Cour de cassation et comprend, par ailleurs, six membres siégeant en raison de leurs fonctions, quatre membres désignés en raison de leurs compétences en matière de biologie moléculaire. Au Luxembourg, il devra être pareillement institué à ces fins une procédure d'agrément des personnes et/ou laboratoires habilités à procéder à des missions d'identification par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire. Des contrôles externes ultérieurs seraient pareillement indispensables à intervalles réguliers. Pour garantir qu'à ces fins seuls des critères strictement scientifiques soient appliqués, ces procédures d'agrément et de contrôle devraient être confiées essentiellement à des scientifiques étrangers hautement qualifiés et expérimentés en ce domaine.

III. La mise en place et le fonctionnement du fichier informatique des empreintes génétiques ainsi que la procédure de comparaison d'empreintes génétiques

A part les questions relevant de la procédure pénale ou de la protection des données, il importe que, au sujet de la constitution de ce fichier et de son utilisation, il y ait également, comme dit ci-devant, recours à des experts étrangers compétents et expérimentés en ce champ de mise en œuvre de la loi.

Il est, par ailleurs, indispensable de créer et d'installer, dans les meilleurs délais, un logiciel, c'est-à-dire un outil informatique, destiné à opérer les traitements ADN criminalistique et condamnés.

La base des données créée en Allemagne par une loi de 1998 a été installée au Bureau fédéral d'enquêtes criminelles (BKA) à Wiesbaden.

IV. Problèmes de la coopération

Une dernière observation concerne la coopération pénale européenne et internationale:

La mise en œuvre de l’empreinte génétique comme preuve par la voie légale et sa mise en pratique sont indispensables, si demain, en matière de terrorisme, de crime organisé, de délinquance sexuelle et dans d’autres domaines de criminalité transfrontalière, le Luxembourg est appelé à coopérer en fournissant des preuves dont traite le projet de loi. Il serait hautement dommageable si, en pareil cas, le Luxembourg n’était pas à même d’accorder l’entraide sollicitée pour la seule raison qu’il ne dispose pas des outils prédécrits.

A rappeler, dans ce contexte, les différentes recommandations et résolutions des instances européennes (Conseil de l’Europe, Union européenne) traitant des empreintes ADN et des fichiers afférents, établissant, notamment, des standards uniformes et encourageant l’échange d’informations.

Citons, pour finir sur ce chapitre, la triste et tragique, mais éloquente affaire *Dickinson*, qui illustre l’importance du présent projet de loi et de sa mise en œuvre:

„Une jeune fille britannique de 13 ans est retrouvée assassinée dans l’auberge de jeunesse de Pleine-Fougères en juillet 1996. L’autopsie révèle qu’elle a été violée et étouffée. Un SDF, déjà condamné pour agressions sexuelles et viols, est arrêté deux jours plus tard. Il avoue pendant sa garde à vue et est mis en examen et écroué. Il est disculpé par analyse génétique, son ADN ne correspondant pas à celui du violeur. Les tests sont également négatifs pour les cinq garçons qui faisaient partie du même groupe que la jeune fille. En juillet 1997, le nouveau magistrat chargé de l’instruction décide de procéder à l’analyse génétique de l’ensemble de la population masculine (de 15 à 60 ans) du village, puis aux délinquants sexuels de la région. Tous les tests, effectués en octobre 1997, se révèlent négatifs. En février 1998, un portrait-robot, élaboré à partir des témoignages de trois personnes ayant aperçu un rôdeur autour de l’auberge de jeunesse, est diffusé. En novembre, une jeune femme, victime d’un viol en 1993, reconnaît son agresseur. En avril 2001, les enquêteurs diffusent une liste de 48 personnes qu’ils souhaitent entendre comme témoins. Par le plus grand des hasards, un policier américain en vacances en France remarque un nom sur cette liste. De retour aux Etats-Unis, il constate que ce nom correspond à un Espagnol incarcéré en Floride pour une agression sexuelle dans un hôtel. Une analyse génétique, effectuée grâce un échantillon prélevé malgré son refus, l’accable en avril 2001. La France a demandé son extradition.“

*

B. OBSERVATIONS D’ORDRE TECHNIQUE SUR LES DISPOSITIONS DU PROJET

Tant la philosophie que les dispositions techniques du présent projet de loi trouvent l’approbation du Parquet général. Il faut notamment saluer que les auteurs du projet s’inscrivent dans une logique de procédure pénale et règlent l’établissement des profils ADN dans le cadre du code d’instruction criminelle. Le Parquet général voudrait encore souligner l’importance du fait que les profils ADN ne peuvent être établis que sur décision d’une autorité judiciaire, Procureur d’Etat ou juge d’instruction.

L’adoption d’une loi particulière s’impose pour organiser les *traitements ADN criminalistique et ADN condamnés* qui constituent des instruments indispensables à l’efficacité des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires.

Il y aurait tout au plus lieu de formuler quelques observations ponctuelles, de nature essentiellement technique.

1) L’article 15, paragraphe 2, de la loi prévoit un délai d’appel de 10 jours. Le soussigné se demande si, dans un souci de cohérence des textes, il ne faudrait pas adapter ce délai de dix jours au délai de droit commun de 3 jours prévu pour les appels dans le cadre de l’instruction préparatoire par l’article 133 du code d’instruction criminelle. Ce délai de trois jours a d’ailleurs également été retenu pour les appels contre les ordonnances de la chambre du conseil du tribunal en matière d’entraide judiciaire pénale (article 10, paragraphe 3, de la loi du 8 août 2000 sur l’entraide judiciaire internationale en matière pénale).

2) L’article 15, paragraphe 4, prévoit, dans sa dernière phrase, la possibilité d’introduire un recours en cassation et renvoie aux dispositions pertinentes du code d’instruction criminelle. Pour éviter des

discussions sur la recevabilité des recours au regard des articles 407 et 416 du code d'instruction criminelle, il est proposé de formuler la dernière phrase de cette disposition de la façon suivante:

„Un recours en cassation est ouvert selon les modalités prévues par la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.“

3) Les articles 48-4 et suivants à insérer dans le code d'instruction criminelle déterminent en détail la procédure à suivre pour dresser un profil ADN. L'article 48-5, paragraphe 3, prévoit les conditions dans lesquelles un prélèvement peut être effectué sous la contrainte physique. Le point (4) de cet article exclut la contrainte physique pour la prise de sang.

On peut se demander, si pour la clarté des dispositions, il ne serait pas préférable de fusionner les paragraphes 3 et 4.

L'article 48-5, paragraphe 3, se lirait comme suit:

„En l'absence d'accord de la personne concernée, le prélèvement peut être effectué sous la contrainte physique si cette personne ... (suite du texte). La contrainte physique est exclue pour la prise de sang. Le refus de la personne concernée (suite du texte).“

Le point (4) serait omis.

4) L'article 48-6, paragraphe 4, règle la communication du résultat de la comparaison des profils ADN à la personne intéressée. Ce texte n'instaure pas un droit à une contre-expertise. Consacrer expressément un tel droit à ce stade de la procédure présenterait plusieurs avantages. On respecterait le principe de l'égalité des armes dont le Conseil de l'Europe a souligné l'importance au point 9 de sa recommandation No R (92) 1 sur l'utilisation des analyses ADN dans le cadre du système de justice pénale du 10 février 1992. On exclurait clairement une application éventuelle du droit commun des expertises fixé aux articles 87 et 88 du code d'instruction criminelle. On pourrait éviter que la question de la contre-expertise ne réapparaisse systématiquement devant la juridiction de jugement. A noter qu'en droit belge, la contre-expertise est prévue à l'article 90 undecies, paragraphe 4, du code d'instruction criminelle.

Aussi est-il suggéré de compléter la disposition de l'article 48-6, paragraphe 4, par la phrase suivante:

„L'intéressé a le droit, endéans un délai de 10 jours, de demander au procureur d'Etat ou au juge d'instruction l'établissement d'un profil ADN par un autre expert à désigner conformément aux dispositions du paragraphe 1er.“

*

C. PRISE DE POSITION SUR L'AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE POUR LA PROTECTION DES DONNEES

La Commission nationale pour la protection des données (ci-après: *la CNPD*) a été „demandée en son avis“ sur le présent projet de loi en ce qu'il porte création d'un traitement de données, sur la base de l'article 32, paragraphe 3, lettre e, de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après: *la loi du 2 août 2002*).

L'avis est articulé en deux grandes parties, la première comportant des considérations générales sur le projet de loi, la seconde, des commentaires spécifiques sur les dispositions essentielles du projet de loi.

C'est avec intérêt que le Parquet général a examiné cet avis très circonstancié. Il ne peut que souligner le souci exprimé par la CNPD de trouver un équilibre entre les objectifs légitimes de recherche et de répression des infractions et les droits et libertés fondamentales des personnes concernées.

La recherche de cet équilibre est sous-jacente à l'ensemble du projet de loi et se traduit notamment par les nombreuses conditions de fond et de forme dont est entourée la procédure d'identification par empreinte génétique.

L'avis de la CNPD appelle des observations sur ses deux parties:

I. Considérations générales

Les commentaires formulés par la CNPD dans la partie de son avis consacrée aux considérations générales méritent une attention particulière, en ce qu'ils articulent des critiques fondamentales à

l'égard de la logique même du projet de loi. Ainsi qu'il sera exposé plus en détail dans la suite, la CNPD considère que les traitements des données ADN par les autorités judiciaires obéissent aux règles générales de la loi du 2 août 2002, alors que le projet de loi s'inscrit dans une logique de procédure pénale.

Il convient de relever que l'établissement d'un profil ADN ne porte que sur les parties non codantes du génome humain et ne permet pas d'établir un tableau génétique de la personne concernée. La finalité du traitement est exclusivement l'identification de l'auteur d'une infraction, à l'instar de l'exploitation d'une empreinte digitale traditionnelle. Les profils ADN visés par le présent projet de loi ne constituent dès lors pas des données aussi sensibles que les données médicales.

a) Le profil ADN en tant que donnée judiciaire

La loi du 2 août 2002 prévoit, en des termes clairs, que „le traitement de données dans le cadre d'enquêtes pénales et de procédures judiciaires est opéré dans le respect des dispositions du Code d'instruction criminelle ... ou d'autres lois“.

Par cette disposition le législateur, en concordance d'ailleurs avec la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JOCE L 281, p. 31), a reconnu la spécificité des traitements des données judiciaires qui ne relèvent pas du droit commun de la loi du 2 août 2002 ni d'un contrôle par la CNPD.

Or, en lisant l'avis de la CNPD, on constate que la commission considère que le traitement par les autorités judiciaires de données relatives à des affaires pénales, malgré l'article 8, précité, n'échappe pas aux règles fixées par la loi du 2 août 2002.

Les développements du point I. B) 2) consacré au positionnement du projet de loi par rapport à la loi qualifiée de „loi-cadre“ du 2 août 2002 peuvent d'ailleurs être compris davantage comme une mise en cause de principe de l'existence et du contenu de l'article 8 de la loi du 2 août 2002 que comme une critique ponctuelle et technique par la CNPD du présent projet de loi. La même remarque vaut pour les considérations du point I. D) 2) où la CNPD critique certaines considérations de l'exposé des motifs du projet de loi relatives au statut et à la mission de la CNPD par rapport aux autorités judiciaires.

Au point I. A), la CNPD évoque l'article 6 de la loi du 2 août 2002 qui viserait, au paragraphe 4, les données génétiques. Or, les empreintes génétiques en matière pénale ne relèvent pas de l'article 6 de la loi, mais constituent des données judiciaires au sens de l'article 8 de cette loi.

Dans le même ordre d'idées, les auteurs de l'avis préconisent, au point I. B) 1), l'insertion des dispositions de la „loi autonome“ dans la loi du 2 août 2002, sans apprécier à leur juste valeur le lien entre ces dispositions autonomes et les dispositions nouvelles du code d'instruction criminelle. Le traitement des données génétiques en cause n'est pas davantage un traitement „policié“ au sens de l'article 13 de la directive 95/46 et de l'article 17 de la loi du 2 août 2002.

Adopter le point de vue de la CNPD signifierait que les traitements de toutes les données personnelles dans le cadre d'une affaire pénale, tels que l'identification de numéros de comptes bancaires, de numéros de téléphone ou de GSM, les prises de sang en matière de circulation, les examens médicaux, voire l'autopsie de cadavres, constituent des traitements régis par les dispositions et les régimes de contrôle de la loi du 2 août 2002.

b) L'empreinte génétique et les droits de la défense

La CNPD omet de prendre suffisamment en compte la finalité du traitement ADN et la logique de la procédure pénale. Le projet de loi sous examen ne vise pas, en premier lieu et principalement, la création d'une banque de données génétiques gérée par les autorités judiciaires ou la police à des fins de prévention générale ou de recherche d'infractions. Il a pour objectif de doter le ministère public et le juge d'instruction d'un instrument technique indispensable pour rechercher et convaincre l'auteur d'une infraction dans le cadre d'une enquête ou instruction préparatoire bien précise. L'analyse ADN constitue un moyen de preuve dont la valeur et la pertinence sont à débattre entre parties dans la logique de l'instruction contradictoire ou du procès devant le juge pénal. A cet égard, elle ne se distingue pas de toute autre forme de preuve, tels l'empreinte digitale, une signature, une photo, un témoignage etc. La problématique soulevée par le projet de loi se pose ainsi en termes de procédure contradictoire et droits de la défense et moins en termes de protection des personnes à l'égard du traitement de données personnelles.

C'est à juste titre que les auteurs du projet de loi ont entendu régler ces questions dans le cadre du code d'instruction criminelle. Aussi, les considérations de la CNPD relatives au prélèvement de cellules humaines exercé sous contrainte physique (point I. C de l'avis), pour intéressantes qu'elles soient, sont, à l'évidence, étrangères à la loi du 2 août 2002 et aux missions de la CNPD.

Le seuil de deux ans retenu dans le nouvel article 48-5, paragraphe 3, du code d'instruction criminelle pour un prélèvement sous contrainte physique se justifie par la considération que ce seuil existe également pour l'application d'autres moyens de contrainte autrement graves tels le mandat de dépôt (article 94 du code d'instruction criminelle) ou les mesures spéciales de surveillance des communications (article 88-1 du code d'instruction criminelle). Fixer un seuil supérieur à deux ans signifierait, en pratique, qu'il serait impossible de soumettre à un examen ADN l'auteur présumé d'un accident mortel ou de déterminer l'identité du conducteur, dès lors que l'homicide involontaire n'est passible que d'un emprisonnement de trois mois à deux ans (article 419 du code pénal). A noter que l'exploitation d'empreintes digitales dans cette hypothèse resterait possible. Or, l'exploitation d'une empreinte génétique vise, comme l'exploitation d'une empreinte digitale, à identifier l'auteur d'une infraction.

c) Les traitements ADN et la responsabilité du Procureur général d'Etat

Au niveau des traitements ADN, il faut distinguer trois cas de figure différents.

- L'établissement d'une empreinte génétique, son utilisation dans une affaire pénale, de même que l'exploitation de la banque de données des données ADN criminalistique ou ADN condamnés en vue de rechercher ou d'identifier l'auteur d'une infraction constituent des actes de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire. Ces actes sont posés sous la responsabilité du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans les conditions prévues au code d'instruction criminelle. Les actes en cause sont par essence des actes d'enquête préliminaire ou d'instruction préparatoire relevant des dispositions pertinentes du code d'instruction criminelle et non pas de simples traitements de données régis par la loi de 2002. Les droits des parties sont sauvegardés par les voies de recours prévues dans le code d'instruction criminelle. Dans cette logique, les articles 8 et suivants du projet de loi se réfèrent aux dispositions nouvelles du code d'instruction criminelle.
- Le traitement criminalistique, sous la responsabilité du Procureur général d'Etat, concerne la conservation et la gestion de l'ensemble des profils ADN établis dans le cadre d'affaires pénales conformément aux dispositions pertinentes du code d'instruction criminelle.

Le texte actuel de l'article 8 pourrait permettre la conclusion que les actes de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire pourraient être considérés comme comportant des traitements de données au sens de la loi de 2002. Pour éviter tout malentendu, à cet égard, il est proposé de remplacer le texte actuel de l'article 8 de la loi par la disposition suivante.

„Art 8. Il y a lieu d'entendre par „traitement criminalistique“ l'insertion dans un fichier de profils ADN obtenus dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, conformément aux dispositions du code d'instruction criminelle, leur conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du code d'instruction criminelle.“

Ce traitement général qui n'est pas directement lié à l'établissement de profils ADN ou l'exploitation de tels profils dans le cadre d'une affaire pénale précise, mais qui en constitue un instrument de travail de base indispensable relève de la responsabilité du Procureur général d'Etat. Ce traitement ne relève pas pour autant des dispositions générales de la loi de 2002, mais est couvert par l'article 8 de cette loi en ce que sont en cause des données judiciaires. Les conditions de ce traitement sont fixées par la nouvelle loi.

Appliquer la définition du responsable au sens de l'article 2, lettre o, de la loi du 2 août 2002 ne donne pas de sens dès lors que, contrairement aux dispositions de cette loi, le Procureur général ne peut pas déterminer les finalités et moyens du traitement qui sont fixés, dans une logique de procédure pénale, par la loi.

- Le troisième aspect du „traitement“ a trait à l'établissement, à la conservation et à la gestion stockage des données ADN de personnes condamnées. Ce traitement revêt une nature similaire au traitement des données du casier judiciaire visé à l'article 8, paragraphe 2, de la loi du 2 août 2002.

En concordance avec la modification de l'article 8, il est proposé de remplacer le texte actuel de l'article 11 (1) par la disposition suivante:

„Art 11. (1) Il y a lieu d’entendre par „traitement ADN condamnés“ l’insertion dans un fichier de profils ADN de personnes condamnées, conformément aux dispositions du code d’instruction criminelle, leur conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l’article 48-3 du code d’instruction criminelle“.

d) Le recours juridictionnel

L’article 15 de la loi prévoit contre les actes du Procureur général, en sa qualité de responsable des traitements criminalistique et condamnés, tels que définis ci-dessus, une demande en nullité devant la chambre du conseil.

La CNPD critique au point I. D) 2) les dispositions de l’article 15 de la loi en relevant l’absence de „surveillance efficace de la part d’une autorité de contrôle indépendante qui puisse agir de sa propre initiative“.

On peut s’interroger sur la portée de cette considération. Est-ce que la CNPD entend donner à son propre contrôle une importance et une valeur supérieures au contrôle effectué par un juge dans le cadre d’un recours juridictionnel?

Les réflexions de la CNPD procèdent, encore une fois, d’une méconnaissance de la nature des données en tant que données judiciaires et de la portée de l’article 8 de la loi du 2 août 2002.

e) Les droits de la personne concernée

L’établissement d’un profil ADN et le recours aux fichiers criminalistique et condamnés constituent des actes posés par le Procureur d’Etat et le juge d’instruction dans le cadre d’une enquête préliminaire ou d’une instruction préparatoire. Les droits des personnes concernées sont fixés par le code d’instruction criminelle. Le principe du contradictoire consacré par ce code et les voies de recours y prévues sont applicables.

L’alimentation et la conservation des fichiers criminalistique et condamnés sont effectuées sous la responsabilité du Procureur général d’Etat. Ces fichiers constituent un outil indispensable à la recherche et à l’identification d’auteurs d’infractions.

Les droits des personnes concernées sont fixés à l’article 15 de la loi.

Vouloir appliquer les règles générales de la loi de 2002 sur le droit à l’information, le droit d’accès, le droit à l’effacement et le droit de rectification revient à méconnaître la spécificité de ces données en tant que données judiciaires et à mettre en cause la finalité légitime de la recherche et de la poursuite des infractions.

II. Une prise de position sur les commentaires des dispositions essentielles

Les critiques ponctuelles de la CNPD constituent, dans une très large mesure, une application concrète des considérations générales formulées au point I de son avis.

a) ad article 3

Les commentaires de la CNPD touchent la problématique de l’organisation des analyses ADN à Luxembourg et au-delà celle de la création d’un institut médico-légal.

Cette problématique sur laquelle le présent avis met également l’accent est étrangère à la question de la protection des données personnelles.

b) ad article 4

La question théorique de la qualification de la donnée génétique comme donnée personnelle est intéressante. Les soussignés ont toutefois du mal à saisir la pertinence de cette discussion. Ainsi qu’il a été exposé dans la première partie, le point décisif est de savoir si l’utilisation de ces données doit obéir aux règles de la loi du 2 août 2002 ou, en raison de leur nature de données judiciaires, à un régime particulier prévu par le code d’instruction criminelle et une loi spéciale.

Il est difficile d’apprécier les conséquences pratiques, au niveau du contenu du présent projet de loi, de la qualification d’un profil ADN comme donnée personnelle avant ou seulement après identification.

Quel est l'enjeu de cette qualification, dès lors que les droits des particuliers ne naissent ou ne deviennent opérationnels qu'au moment de l'identification?

c) ad article 6

Dans un souci de sauvegarde des droits des personnes concernées, le projet interdit, à l'article 6, paragraphe 2, l'interconnexion des traitements ADN criminalistique et condamnés avec d'autres traitements de données personnelles.

Cette disposition a un caractère „*prophylactique*“. Interdisant les interconnexions, il est logique que les auteurs du projet ne les aient pas spécifiées.

d) ad articles 48-3 et 48-5 du code d'instruction criminelle

Les commentaires de la CNPD portent sur certains choix des auteurs du projet de loi en matière de procédure pénale. Le lien avec la protection des données est plus que ténu, sauf à entendre soumettre le code d'instruction criminelle et les attributions du procureur d'Etat et du juge d'instruction aux mécanismes de la loi du 2 août 2002.

e) articles 9, paragraphe 3, 10 et 13

A titre de remarque générale, les soussignés s'interrogent sur la pertinence des commentaires de la CNPD, alors que les dispositions en cause relèvent moins d'une problématique de protection des données personnelles que de choix de politique criminelle.

L'article 9, paragraphe 3, prévoit, en des termes, on ne peut plus clairs, que l'insertion de profils ADN dans le „*traitement criminalistique*“ n'est effectuée que si la comparaison est positive. Cette règle vaut tant dans l'hypothèse où le prélèvement a été volontaire que dans celle où il a été forcé. Le cas de figure du traitement volontaire englobe, à l'évidence, le recensement dit collectif.

L'article 10, paragraphe 1er, règle la question de la durée du traitement criminalistique et prévoit la fin du traitement en cas d'acquiescement, de prescription ou de décès. Cette disposition est protectrice des droits de la personne concernée. Dans une optique répressive, on aurait pu imaginer le maintien de ce traitement, en cas d'acquiescement pour des raisons formelles ou de prescription, alors qu'il est par ailleurs établi que la personne concernée est l'auteur de l'infraction et qu'elle peut être soupçonnée d'avoir commis d'autres infractions.

Le deuxième paragraphe ne vient pas bouleverser le régime du paragraphe 1er, mais prévoit un tempérament en cas de comparaison positive en relation avec une autre affaire. Il ne faut pas perdre de vue que l'objectif même du traitement criminalistique et condamnés est de permettre des comparaisons de profils ADN établis dans une affaire avec des profils d'autres affaires, ceci afin de détecter les auteurs d'infractions. Renoncer à cette finalité conduirait à abandonner le traitement criminalistique et condamnés.

Dans la procédure pénale, une décision de classement est provisoire et peut être rapportée à tout moment. De même, une décision de non-lieu n'empêche pas une reprise des poursuites en cas de survenance d'éléments nouveaux. Dans ces conditions il est logique que les profils ADN soient maintenus. En droit pénal, une condamnation avec sursis constitue une condamnation, le sursis ne concernant que l'exécution de la peine. La suspension du prononcé de la peine est une mesure de faveur au profit d'un prévenu dont la culpabilité est par ailleurs avérée. Les critiques formulées par la CNPD au point II. F) 2), outre qu'elles ne relèvent pas de la problématique de la protection des données, ne sont dès lors pas justifiées d'un point de vue du droit pénal.

Le Procureur général d'Etat,
Jean-Pierre KLOPP

Le Premier avocat général,
Georges WIVENES

Service Central des Imprimés de l'Etat

5356/03

N° 5356³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(23.12.2005)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, en date du 2 juin 2004, le Conseil d'Etat fut saisi pour avis du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet proprement dit étaient joints l'exposé des motifs et le commentaire des articles.

L'avis de la commission nationale pour la protection des données fut transmis au Conseil d'Etat le 19 novembre 2004, suivi, le 27 janvier 2005, par l'envoi de la prise de position du Procureur général d'Etat sur le projet de loi concerné.

*

Suivant son exposé des motifs, le projet de loi sous examen tend à „renforcer les moyens de lutte contre la criminalité en conférant une base juridique adéquate à l'établissement de profils d'„ADN“ – abréviation consacrée pour désigner en science génétique l'acide désoxyribonucléique – et aux traitements des données y relatives, conformément aux principes relatifs au traitement de données à caractère personnel“. Cette lutte ne se cantonne d'ailleurs pas au seul territoire national. Aussi les profils d'ADN peuvent-ils également servir à combattre le terrorisme international et la criminalité transfrontalière. Le projet de loi *No 5514* portant, entre autres, approbation du Traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, signé à Prüm le 27 mai 2005, projet déposé à la Chambre des députés le 15 novembre 2005, en constitue une illustration parlante. A cet égard il peut plus particulièrement être renvoyé au Chapitre 2 – Profils ADN, données dactyloscopiques et autres données – dudit traité.

Le recours aux empreintes génétiques est censé contribuer à la recherche de la vérité en matière pénale en permettant, pour le dire en termes non juridiques, tout aussi bien de disculper des innocents que de confondre des coupables. Les mesures prévues s'effectuent „dans l'intérêt de la manifestation de la vérité“. (Voir formulation des articles 48-6, paragraphe (3) et 51, paragraphe (2) nouveaux du CIC telle que proposée par les auteurs du projet sous revue.)

Dans cette optique, le magistrat procédera en se laissant guider par sa seule intime conviction qu'il assiera sur tous les éléments de preuve à sa disposition. C'est en effet le principe de la liberté des preuves qui prévaut en la matière et les empreintes génétiques sont de nature à constituer en l'occurrence une espèce de preuve parmi d'autres. Elément important de l'enquête judiciaire, l'analyse d'ADN n'en constitue pas moins un facteur à portée relative. Elle ne fournit pas une preuve absolue mais établit un fait matériel dont l'importance peut, selon le cas et le contexte, se révéler déterminante ou négligeable.

Autres détails importants à mettre en exergue dans ce contexte et décrits en ces termes par le député français Christian Cabal dans son rapport évoqué à l'exposé des motifs du projet de loi sous rubrique (voir *Doc. parl. No 5356, sess. ord. 2003-2004, p. 11, note 7*):

„– plus nombreux sont les sites polymorphes qui font apparaître une concordance entre un échantillon probatoire (recueilli sur le lieu d'une infraction) et un échantillon connu (prélevé sur le suspect), moins il est probable que l'échantillon probatoire provienne d'un individu différent.

- La non-concordance constatée sur un seul site polymorphe conduit à écarter de façon absolue l'individu dont le profil ADN est confronté à celui de l'échantillon probatoire. L'inclusion s'apprécie en termes de probabilité, l'exclusion en termes de certitude."

Les auteurs du projet de loi sous avis ont pris soin de préciser que seule la partie „non codante“ de l'ADN sera recueillie dans le cadre de l'administration de la preuve criminalistique, de sorte que l'objectif visé consiste dans l'identification génétique d'une personne et non pas dans la collecte de ses caractéristiques génétiques. Il s'agira d'„établir (le) *profil* et non pas (le) *code* génétique“ d'un individu déterminé. Ce principe est affirmé avec force par la disposition finale inscrite à l'article 48-3, paragraphe (1) nouveau du Code d'instruction criminelle qui prévoit que „dans tous les cas, les profils d'ADN ne peuvent être établis que sur base de segments d'ADN non codants“. (Voir sub Article 16, point 1 du projet de loi sous avis). La finalité des mesures envisagées consiste dans l'identification d'une personne (Voir libellé des articles 8, 11 du projet de loi sous avis ainsi que les articles 39, paragraphe (4), 44, paragraphes (2) et (4) et 45, paragraphe (6), alinéa 4 nouveaux du CIC). Dans cette perspective, elles sont du même ordre que la prise d'empreintes digitales et de photographies (cf. article 39, paragraphe (4) du CIC). Sans trop de risques de se tromper l'on peut donc raisonnablement admettre qu'à l'instar de ces dernières l'établissement et le traitement de profils d'ADN sont susceptibles de justifier une atteinte au droit au respect de la vie privée, compatible avec l'article 8, paragraphe (2) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans la mesure où ils peuvent être „nécessaire(s), dans une société démocratique moderne, à la prévention de la criminalité et, partant, de la sécurité publique“ (Commission européenne des Droits de l'Homme, Reg. No 1307/61, X c/République Fédérale d'Allemagne, Ann., 1962, p. 231).

La structure du projet de loi sous revue vise „à répondre aux trois questions principales qui se posent en cette matière:

1. Comment les profils d'ADN sont-ils techniquement établis (Chapitre I)?
2. Comment les profils d'ADN sont-ils traités après leur établissement (Chapitre II)?
3. Sous quelles conditions, des cellules humaines peuvent-elles être prélevées ou recueillies pour établir un profil d'ADN (Chapitre III)?“.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Conformément à l'article 6, paragraphe (1) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, ci-après désignée par „la loi de 2002“, le traitement des données génétiques, en l'occurrence définies comme toutes les données à caractère personnel concernant les caractères héréditaires d'un individu ou d'un groupe d'individus apparentés (article 2, lettres (e) et (g)), est prohibé. Ces données peuvent toutefois être traitées dans le contexte d'une procédure judiciaire ou d'une enquête pénale, mais uniquement „pour vérifier l'existence d'un lien génétique dans le cadre de l'administration de la preuve en justice, pour l'identification d'une personne, la prévention ou la répression d'une infraction déterminée“ (article 6, paragraphe (3)). En vertu de l'article 8, paragraphe (1) de la loi précitée de 2002, „le traitement des données dans le cadre d'enquêtes pénales et de procédures judiciaires est opéré dans le respect des dispositions du Code d'instruction criminelle, du Code de procédure civile, de la loi portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ou d'autres lois“.

Le projet de loi sous avis a précisément pour objet de régler le recours aux empreintes génétiques en vue de l'identification d'une personne dans le cadre d'une enquête pénale. A cet effet, il tend à modifier et à compléter le Code d'instruction criminelle, d'une part, et à mettre en place les dispositions légales spéciales régissant le traitement de ces données judiciaires, d'autre part. Sous ce dernier aspect, la loi en élaboration peut être considérée comme faisant partie de ces „autres lois“ évoquées par l'article 8, paragraphe (1) de la loi de 2002 et appelées à régir de façon spécifique le „traitement de données judiciaires“.

Eu égard à la matière extrêmement sensible visée par le projet de loi en discussion, le Conseil d'Etat donne à considérer s'il ne s'indiquerait pas d'en mettre dès l'ingrès en relief la finalité en la résumant de façon positive dans une disposition liminaire qui pourrait prendre la teneur suivante:

„Art. 1er.– La présente loi règle le recours aux empreintes génétiques en vue de l’identification d’une personne, dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en matière pénale.

Le traitement de ces données est soumis aux prescriptions des articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (1) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l’égard du traitement des données à caractère personnel.“

Cette approche aurait le mérite de faire ressortir tant le caractère spécifique et parfaitement circonscrit de la nouvelle législation que son positionnement en ligne avec la loi de 2002.

Au niveau structurel, le projet de loi sous avis serait en conséquence à réorganiser comme suit:

„Projet de loi ...

Chapitre I: – *Objet*

Chapitre II: – *De l’établissement des empreintes génétiques*

Chapitre III: – *Du traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques*

Chapitre IV: – *Disposition complétant et modifiant le Code d’instruction criminelle*

Chapitre V: – *Dispositions finales“.*

La proposition de modification du libellé du Chapitre III (IV selon le Conseil d’Etat) pourrait se justifier par le fait que, strictement parlant, il ne comprend qu’un seul article modifiant et complétant le code d’instruction criminelle par les différentes dispositions reprises sous ses points 1 à 7.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er (2 selon le Conseil d’Etat)

Sans observation.

Article 2 (3 selon le Conseil d’Etat)

Au **paragraphe (1)**, le Conseil d’Etat suggère de rayer les mentions énoncées entre parenthèses qui ne font qu’alourdir inutilement le texte.

Le **paragraphe (2)** a trait à l’ADN mitochondrial qui peut être établi, à titre de test complémentaire, à côté du procédé d’établissement de l’ADN nucléaire visé au paragraphe (1). D’après le rapport d’information No 504 déposé à l’Assemblée Nationale par le député français Marc Le Fur, „l’ADN mitochondrial est différent de l’ADN nucléaire, en ce sens qu’il ne comporte que 16.000 bases et provient exclusivement de la mère. Cet ADN est donc moins discriminant, mais il présente un double intérêt en matière d’empreinte génétique: il est très résistant et peut donc être prélevé sur des traces anciennes et très dégradées et il peut être prélevé sur des tissus dépourvus d’ADN nucléaire (tels que les cheveux sans bulbe)“ (page 8).

C’est sans doute ce caractère moins différenciateur qui explique pourquoi il est précisé au paragraphe (2) de l’article sous revue que l’exploration des mitochondries, en vue de la détermination de l’ADN qu’elles recèlent, ne peut être effectuée isolément „comme méthode comparative au sens des articles 48-3 à 48-8 du Code d’instruction criminelle“.

Si le but des dispositions figurant au paragraphe (2) de l’article sous examen est donc plausible, force est de relever que sa formulation n’est pas trop heureuse.

Dans le contexte visé, il est en effet question d’un test „complémentaire“ permettant de détecter l’ADN mitochondrial, „autre“ les données visées au paragraphe (1), et qui ne pourrait être effectué „à lui seul“. N’est-ce pas quelque peu redondant?

Dans l’optique du Conseil d’Etat, le paragraphe (2) sous revue pourrait être réduit à la teneur suivante:

„(2) A titre de test complémentaire, l’ADN mitochondrial peut également être établi comme méthode comparative.“

Le renvoi au Code d’instruction criminelle n’est pas indispensable alors qu’il s’agit d’un test toujours complémentaire à la recherche de l’ADN nucléaire qui, elle, se déroule nécessairement dans le cadre

des articles 48-3 à 48-8 du CIC, conformément à l'article 1er du projet de loi sous examen (2 selon le Conseil d'Etat).

Conformément au **paragraphe (3)**, les marqueurs d'ADN qui, selon le paragraphe (1), doivent être sept au moins sont à déterminer par règlement grand-ducal. Le règlement en projet en prévoit effectivement dix-neuf. Il ajoute que les profils d'ADN visés sont établis „à part du test effectué sur base des marqueurs des chromosomes X et Y (Amel)“. Ne pourrait-il pas s'avérer utile de conférer une base légale sûre à ce genre de test parallèle permettant de déterminer le sexe d'une personne, en conférant au paragraphe (3) la teneur suivante:

„Un règlement grand-ducal détermine les marqueurs visés au paragraphe (1) qui sont utilisés, outre les marqueurs des chromosomes X et Y“?

Article 3 (4 selon le Conseil d'Etat)

D'après son commentaire assez concis, ledit article „s'inspire de l'article 8 de l'arrêté royal belge du 4 février 2002 (pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale) ... et introduit certaines règles élémentaires concernant la procédure d'analyse, toujours dans le but d'assurer la plus grande qualité possible des profils d'ADN établis“.

En fait, il s'agit d'une disposition clé du projet sous examen qui aurait, à n'en pas douter, commandé de plus amples explications alors qu'elle détermine la mission et la façon de procéder de „l'expert chargé“.

La Commission nationale pour la protection des données, ci-après la CNPD, fait remarquer à ce sujet que l'article 3 „passe sous silence les qualités auxquelles doit répondre l'expert y chargé de procéder à l'établissement du profil d'ADN“ (*Doc. parl. No 5356¹, sess. ord. 2004-2005, p. 10*). L'attitude du Procureur général d'Etat n'est pas moins réservée sur ce plan, en évoquant „la problématique de l'organisation des analyses ADN à Luxembourg et au-delà celle de la création d'un institut médico-légal“ (*Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 8*, voir encore plus particulièrement les pages 2 à 4).

Le Conseil d'Etat partage ces appréhensions et remarques critiques en se basant notamment sur les développements de M. Jean de Codt consignés dans un article intitulé „Preuves criminalistiques et vérité judiciaire“ et publié au Journal des tribunaux, le 19 mars 2005, qui se résume comme suit:

„Il est évident que même s'il n'existe aucune hiérarchie légale entre les divers modes de preuve, une preuve scientifique aura sur l'esprit du juge une autorité plus grande qu'une preuve testimoniale ou par présomption. Or, plus une preuve est de nature à confondre l'accusé ou le prévenu, plus la défense s'attachera à discuter la régularité de son obtention. A l'essor des preuves scientifiques correspond une explosion du contentieux de la nullité des preuves“ (p. 206)

„Soumises comme toutes les autres au contrôle de la légalité de leur production, les preuves scientifiques seront au moins, et inévitablement confrontées à cette double vérification: où et comment l'échantillon a-t-il été récolté ou prélevé puis analysé? Et quelle procédure a-t-on appliqué à l'expertise qui a pu le faire parler?“ (p. 205)

La liberté des preuves est donc une liberté encadrée par la légalité. Or, pour constituer une preuve valable, les prescriptions légales et réglementaires doivent être observées. (Voir Dossier/La preuve, une question de loyauté/A J Pénal, Juillet-Août 2005, p. 261 ss./Voir en outre Cour de Cassation belge, arrêt du 25 mai 2005, J T 2005, p. 481).

Au niveau des laboratoires, toutes les précautions doivent donc être prises pour conférer aux analyses d'ADN un degré de fiabilité indiscutable. Il ne faut cependant jamais perdre de vue que cette fiabilité peut être sérieusement compromise en amont et en aval. „En amont, si aucune précaution n'est prise pour éviter que la scène d'infraction soit polluée ou bouleversée par les premiers arrivants insuffisamment informés de l'importance des mesures de préservation de celle-ci. En aval, malgré les précautions prises, les résultats, qui se présentent sous forme de données chiffrées, peuvent faire l'objet d'une erreur de saisie, puisque celle-ci est faite manuellement.“ (Marc Le Fur, rapport cité ci-avant sous l'article 2).

Sans préjudice d'une réflexion en profondeur à mener au sujet de la création d'un véritable institut ou service médico-légal à intégrer ou non au Laboratoire national de santé, le Conseil d'Etat propose de compléter l'article sous revue par un **paragraphe (4)** libellé comme suit:

„(4) Peut seul être désigné comme expert au sens du présent article une personne titulaire d'un diplôme de docteur en médecine, de docteur en sciences pharmaceutiques, de docteur en sciences, de docteur en biotechnologie ou de docteur en bio-ingénierie, d'une part, et qui dispose d'une expérience pratique d'au moins trois ans en matière d'analyse d'ADN, d'établissement et de comparaison de profils d'ADN, d'autre part.

L'expert doit être affecté à un laboratoire disposant d'un service organisé sur une base permanente pour recevoir les traces de cellules.“

Le texte proposé s'inspire de l'article 11 de l'arrêté royal (belge) du 4 février 2002 pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale. Certes il ne donne pas entièrement satisfaction et dans une première phase ce seront probablement surtout des laboratoires étrangers qui seront sollicités.

Restera donc à explorer parallèlement la piste de l'établissement d'une liste nationale d'experts agréés, comme d'ailleurs le suggère la Recommandation No R (92) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoptée le 10 février 1992, en s'exprimant ainsi sous un point 6:

„L'analyse de l'ADN est un procédé scientifique complexe qui ne doit être employé que par des laboratoires possédant les installations et l'expérience requises.

Les Etats membres devraient veiller à ce que soit établie une liste de laboratoires ou d'instituts agréés, répondant aux critères suivants:

- niveau élevé des connaissances et des compétences professionnelles, associé à des procédures appropriées de contrôle de la qualité;
- intégrité scientifique;
- sécurité adéquate des installations et des matériels faisant l'objet d'examens;
- mesures pertinentes pour garantir une confidentialité absolue eu égard à l'identification de la personne à laquelle se rapportent les résultats de l'analyse de l'ADN; et
- garanties que les conditions énoncées dans la présente Recommandation seront respectées.

Les Etats membres devraient prendre des dispositions pour que leurs laboratoires agréés fassent périodiquement l'objet d'un contrôle.“

Dans cette optique, le **paragraphe (4)** ci-avant proposé pourrait alternativement s'énoncer comme suit:

„(4) Peut seul être désigné comme expert au sens du présent article une personne titulaire d'un diplôme de docteur en médecine, de docteur en sciences pharmaceutiques, de docteur en sciences, de docteur en biotechnologie ou de docteur en bio-ingénierie.

L'expert doit être attaché à un laboratoire agréé par le ministre de la Justice et le ministre de la Santé pour justifier d'une sécurité adéquate des installations et des matériels faisant l'objet d'examens et pour garantir la confidentialité des résultats de l'analyse d'ADN.

Ces conditions d'agrément peuvent être précisées par règlement grand-ducal.

L'agrément d'un laboratoire par l'instance compétente d'un Etat membre de l'Union européenne vaut agrément au sens du présent paragraphe.“

En fin de compte, quelle que soit l'option retenue en définitive, à plus ou moins long terme notre pays ne pourra plus guère faire l'impasse sur la discussion au sujet de la création d'un institut ou service médico-légal dont la tâche dépasserait évidemment l'établissement et la conservation de profils ADN.

Article 4 et suivants

Cet article rassemble avec les articles 5, 6 et 7, au sein d'une section I du Chapitre II, les „dispositions communes aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés“.

Or, force est de faire remarquer que les notions ADN criminalistique et ADN condamnés ne sont définies respectivement qu'aux articles 8 et 11 subséquents. Dans les conditions données, le Conseil d'Etat donne à considérer si ledit Chapitre II n'aurait pas avantage à être réagencé comme suit:

„Section I – Du traitement ADN criminalistique

Section II – Du traitement ADN condamnés

Section III – Dispositions communes aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés“.

Article 4 (13 selon le Conseil d'Etat)

Au **paragraphe (1)**, compte tenu de sa proposition de restructuration du Chapitre II (*III*) – Du traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques, la référence à l'article 5 figurant sous le point 10 est à remplacer par le renvoi à l'article 14.

Conformément au **paragraphe (2)**, „un profil d'ADN établi est à considérer comme donnée à caractère personnel, au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, à partir du moment où le code alphanumérique de l'analyse d'ADN a été associé à une information relative à la personne physique en cause permettant de l'identifier“. Ce n'est en effet qu'à partir de ce moment qu'il s'agit d'une donnée concernant une personne identifiée ou identifiable, c.-à-d. une personne qui „peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence (...) à un ou plusieurs éléments *spécifiques*, propres à *son* identité physique, physiologique, *génétique*, psychique, culturelle, sociale ou économique;“, comme le prévoit l'article 2, alinéa 1, lettre (e) de la loi de 2002.

Articles 5 à 7 (14 à 16 selon le Conseil d'Etat)

Avant d'aborder l'examen au fond desdits articles, le Conseil d'Etat se doit d'émettre quelques observations quant à leur portée respective.

Le premier concerne des opérations de „consultation“, de „comparaison“ ou de „modification“ de données relatives à un profil d'ADN. Le deuxième évoque l'„interconnexion“ de traitements d'ADN criminalistique et condamnés, entre eux ou avec d'autres traitements de données à caractère personnel. Le troisième des articles visés est en rapport avec la „communication“ des données de l'espèce.

La loi de 2002 définit dans son article 2, sous la lettre (j), l'interconnexion comme „toute forme de traitement qui consiste en la corrélation de données traitées pour une finalité avec des données traitées pour des finalités identiques ou liées par un ou d'autres responsables du traitement“. Aux termes de la lettre (s) du même article 2, le traitement (de données à caractère personnel) recouvre „toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés, et appliqués à des données, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction“.

Il résulte des dispositions susmentionnées que les opérations de „consultation“, de „comparaison“ (i.e. rapprochement), de „modification“, d'„interconnexion“ et de „communication“ font toutes partie du traitement de données à caractère personnel, mais que seule la notion d'„interconnexion“ bénéficie d'une définition légale spécifique. Force est donc de constater que la détermination du champ d'application respectif des articles 5 à 7 du projet de loi sous avis (14 à 16 selon le Conseil d'Etat) n'est pas simple.

Tout en se rendant compte de simplifier quelque peu, le Conseil d'Etat se résout à adopter en l'occurrence une approche pragmatique. Pour lui l'opération de consultation consiste à puiser activement et directement dans les données d'un fichier. La communication correspond par contre à l'opération inverse consistant à recevoir des données de la part d'un tiers. La consultation caractérise donc en quelque sorte une action positive, alors que la communication de données est l'aboutissement d'une attente, répond à une demande. La consultation a ainsi une connotation active tandis que la communication dénote une attitude passive dans le chef du destinataire des données en cause. Consultation et communication constituent effectivement les deux facettes d'un même phénomène.

Article 5 (14 selon le Conseil d'Etat)

Cet article détermine les informations qui doivent être enregistrées dans le cadre de toute opération de consultation, de comparaison ou de modification de données relatives à un profil d'ADN. Toute démarche de l'espèce doit en effet laisser durablement des traces vérifiables.

Pour les motifs déduits sous l'article 7 ci-après, le Conseil d'Etat propose de compléter l'article 5 sous examen par un paragraphe (2) à l'effet de préciser que la consultation, à partir du territoire national, de profils d'ADN „gérés“ à l'étranger obéissent à l'obligation d'enregistrement des informations visées au projet de loi et à regrouper sous un paragraphe (1).

En conclusion des développements qui précèdent, l'article sous revue s'énoncerait comme suit:

„**Art. 14.**– (1) Lors de chaque consultation d’un profil d’ADN, de chaque comparaison entre plusieurs profils d’ADN ou de chaque modification des données relatives à un profil d’ADN, les informations suivantes doivent être enregistrées:

1. les nom et prénoms de la personne physique ayant procédé à l’opération en cause;
2. la date et l’heure de l’opération;
3. la référence du dossier de l’enquête préliminaire ou de l’instruction préparatoire dans le cadre de laquelle l’opération a été effectuée.

(2) La consultation de données d’ADN gérées par des Etats, organisations ou institutions internationales s’effectue dans le respect du paragraphe (1) du présent article.“

Article 6 (15 selon le Conseil d’Etat)

Au vœu du **paragraphe (1)**, les traitements d’ADN sont effectués sous la responsabilité du Procureur général d’Etat qui „peut déléguer l’exercice de ses attributions à un magistrat du parquet général“. Les obligations du responsable de ces traitements résultent de l’article 4 de la loi de 2002 et sont considérables. Dans les conditions données, le Conseil d’Etat se demande si le Procureur général d’Etat ou son délégué peut toujours raisonnablement être tenu de toutes ces responsabilités, non seulement dans le cadre d’une enquête préliminaire, mais également dans le contexte d’une instruction préparatoire. Si la première relève en effet de la surveillance dudit procureur en vertu de l’article 46 du Code d’instruction criminelle, c’est le juge d’instruction qui procède aux actes d’information, – il est vrai en vertu d’un réquisitoire du procureur d’Etat –, conformément aux articles 50 et 51 du même code. Le Procureur général d’Etat n’est donc nullement impliqué dans les instructions préparatoires.

Conformément au **paragraphe (2)**, „les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés ne peuvent faire l’objet d’aucune interconnexion, entre eux ou avec d’autres traitements de données à caractère personnel, autre que celles prévues par la présente loi.“ Comme ci-avant rappelé, l’interconnexion est définie par l’article 2, lettre (j) de la loi de 2002.

En fait, la loi en perspective n’en prévoit aucune, de sorte que c’est le droit commun tel qu’il résulte de l’article 16, paragraphe (1) de la loi de 2002 qui s’applique et toute interconnexion de données doit partant faire l’objet d’une autorisation préalable de la CNPD. Il en découle qu’il peut être fait abstraction du paragraphe (2) qui, en dernière analyse, n’apporte aucun effet juridique qui ne serait pas déjà obtenu en vertu du susdit article 16.

Dans cette optique, l’article 6 du projet de loi sous avis pourrait être réduit à la seule disposition consacrée au paragraphe (1) qui ne serait plus à identifier comme tel.

Article 7 (16 selon le Conseil d’Etat)

Ledit article règle la communication des données en relation avec les traitements d’ADN. Dans ce contexte, le Conseil d’Etat suggère d’en reformuler comme suit le point 3:

„3. à d’autres Etats, organisations ou institutions internationales, en application de dispositions de droit international.“

La notion de droit international recouvre en effet tant le droit issu de l’Union européenne que celui généré par les conventions ou traités internationaux.

Au regard de l’article 3 du Traité relatif à l’approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale signé à Prüm le 27 mai 2005 et faisant l’objet du projet de loi *No 4024*, le Conseil d’Etat se demande si l’article 5 du projet de loi sous examen ne mérite pas d’être revu.

En effet, l’article 3 dudit traité institue au profit des Parties contractantes le droit de procéder à une „consultation automatisée“ de leurs fichiers d’analyse ADN à l’aide d’une comparaison des profils ADN. Il précise *in fine* de son paragraphe (1) que „la consultation ne peut s’opérer qu’au cas par cas et dans le respect du droit national de la Partie contractante qui effectue ladite consultation“. En cas de correspondance, la partie consultante est informée „par voie automatisée de l’existence d’une concordance et de la référence“, conformément au paragraphe (2) du même article 3.

L’article 7 du projet de loi sous avis permet par la disposition inscrite sous son point 3 de répondre affirmativement à une sollicitation en ce sens nous provenant de la part de l’étranger. Il s’agit en effet de communiquer en l’occurrence – sous une forme il est vrai automatisée mais reposant sur un traité international – des données ADN à d’autres Etats. Qu’en est-il cependant d’une initiative émanant de

nos autorités nationales? Notre droit interne permet-il de procéder à une consultation automatisée des fichiers d'analyse ADN gérés à l'étranger? Rien n'est moins sûr.

Dans l'optique de garantir ainsi notamment le plein effet de l'article 3 du Traité de Prüm, le Conseil d'Etat suggère de compléter l'article 5 du texte du projet sous revue (14 selon le Conseil d'Etat) par un paragraphe (2) ci-avant proposé.

Article 8 (5 selon le Conseil d'Etat)

Il définit la notion de „traitement ADN criminalistique“. Dans son avis du 14 janvier 2005, le Procureur général d'Etat constate que le texte proposé prête à confusion. Aussi recommande-t-il de lui substituer le libellé suivant, auquel le Conseil d'Etat se rallie:

„Art. 5.– Il y a lieu d'entendre par „traitement criminalistique“ l'insertion dans un fichier de profils ADN obtenus dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, conformément aux dispositions du code d'instruction criminelle, leur conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du code d'instruction criminelle.“ (Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 7).

Article 9 (6 selon le Conseil d'Etat)

A travers toutes les dispositions en cause, la référence à l'article 4 est à remplacer par celle visant l'article 13 du projet de loi sous revue.

Article 10 (7 selon le Conseil d'Etat)

Les **paragraphes (1), (2) et (4)** dudit article déterminent la durée de conservation des profils d'ADN.

Dans ce contexte il y a lieu de rappeler l'article 4, paragraphe (1), lettre d) de la loi de 2002 dont il se déduit que les données permettant l'identification d'une personne ne peuvent être conservées pendant une durée excédant celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles ont été collectées et traitées. Or, aux termes de l'article 6, paragraphe (3) du même texte légal, „les données génétiques ne peuvent être traitées que pour vérifier l'existence d'un lien génétique dans le cadre de l'administration de la preuve en justice, pour l'identification d'une personne, la prévention ou la répression d'une infraction pénale déterminée“.

Suivant le **paragraphe (1)** de l'article sous revue, le profil d'ADN ayant pu être attribué à une personne déterminée peut, notamment, être exploité jusqu'à l'expiration d'un délai de dix ans après le décès de l'individu en cause. Ce même délai se retrouve dans l'article 13 (10 selon le Conseil d'Etat) en rapport avec le traitement ADN condamnés. Au regard des dispositions pertinentes de la loi de 2002 précitées cette durée ne paraît pas excessive au Conseil d'Etat.

Quelques hésitations sont toutefois de mise en rapport avec le **paragraphe (2)** qui autorise des dérogations aux prescriptions du paragraphe (1) lorsque des „faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire (...) justifient le maintien (des) informations au traitement ADN criminalistique“.

En l'occurrence, le traitement ADN criminalistique continuerait d'être légitime – pendant une durée pour le surplus indéfinie – même lorsque la personne dont le profil a fait l'objet d'une comparaison positive a été acquittée ou est décédée depuis plus de dix ans ou encore „lorsque les faits ayant donné lieu à l'établissement du profil d'ADN en cause sont prescrits“. De l'avis du Conseil d'Etat, seule cette dernière hypothèse, reprise au point 2 du paragraphe (1) de l'article sous examen, est susceptible de justifier une dérogation par rapport à la solution de principe qui soit proportionnée au regard de la finalité poursuivie.

Dans cette optique, le paragraphe (2) prendrait la teneur suivante:

„(2) Dans l'hypothèse visée au point 2. du paragraphe précédent, les informations peuvent néanmoins être maintenues au traitement criminalistique si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une comparaison positive en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire qui justifient cette dérogation.“

Conformément au **paragraphe (4)**, „le profil d'ADN qui n'a pu être attribué à une personne déterminée ne peut plus faire l'objet du traitement ADN criminalistique 30 ans après son établissement“.

Cette durée ne devrait pas être considérée comme excessive, au regard notamment de la solution française (qui dans l'article R 53-14 du Code de procédure pénale retient, selon l'hypothèse visée, quarante ans ...).

En suivant la version proposée par le Conseil d'Etat, il y a lieu de remplacer au **paragraphe (3)** la mention de la section III par celle de la section II.

Au **paragraphe (5)**, il y a lieu de remplacer la référence à l'article 4 par le renvoi à l'article 13.

Autre remarque d'ordre formel. Au regard du **paragraphe (1)**, le Conseil d'Etat propose, en accord avec la CNPD (voir *doc. parl. No 5356¹, sess. ord. 2004-2005, p. 16*), de souligner le caractère alternatif des conditions y énoncées en ajoutant la conjonction „ou“ à la fin des deux premières, chaque fois juste avant le point-virgule.

Article 11 (8 selon le Conseil d'Etat)

Au regard du **paragraphe (1)**, le Conseil d'Etat fait sienne la proposition d'amendement avancée (voir *doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 8*) par le Procureur général d'Etat. Ladite disposition prendra partant la teneur suivante:

„(1) Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN condamnés“ l'insertion dans un fichier de profils ADN de personnes condamnées, conformément aux dispositions du code d'instruction criminelle, leur conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du code d'instruction criminelle.“

Articles 12 et 13 (9 et 10 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 14 (11 selon le Conseil d'Etat)

Eu égard à la proposition de réagencement structurel du projet de loi sous avis, quelques redressements de renvois s'imposent.

Au **paragraphe (1)**, il y a ainsi lieu d'écrire: „(1) Les dispositions des articles 14, 6, paragraphes (1) et (3), 7, paragraphes (1) à (4), 8, paragraphe (2), 9, paragraphe (1) et 10 sont à observer sous peine de nullité“.

Au **paragraphe (2)**, il convient de remplacer la référence aux articles 1er à 13, par celle évoquant les „articles 2 à 10 et 13 à 16“.

Article 15 (12 selon le Conseil d'Etat)

En vertu des articles 27, paragraphe (1), lettre (d) et 29, paragraphe (1), lettre (d) de la loi de 2002, des exceptions au droit d'information et au droit d'accès d'une personne concernée sont légitimes lorsqu'est en jeu un traitement nécessaire en vue de sauvegarder „la prévention, la recherche, la constatation et la poursuite d'infractions pénales y compris celles à la lutte contre le blanchiment, ou le déroulement de procédures judiciaires autres, au sens de l'article 8, paragraphe (1), et de l'article 17 de (ladite) loi“. C'est devant cette toile de fond que s'apprécie l'article 15 déterminant les voies de recours dont dispose la personne concernée dans le contexte visé. Il constitue en quelque sorte le pendant de l'article 30 réglant le droit d'opposition dans le cadre de la loi de 2002.

Dans l'optique du Conseil d'Etat, il est indiqué de lire comme suit le début de la phrase introductive du **paragraphe (1)**: „(1) En dehors des hypothèses visées par l'article 11“ et non pas 14.

Au **paragraphe (2)**, avec le Procureur général d'Etat, le Conseil d'Etat se prononce en faveur de la réduction du délai d'appel de dix à trois jours, par analogie à l'article 133, paragraphe (5) du Code d'instruction criminelle et sous réserve du délai à retenir en définitive dans le cadre du projet de loi No 5354 (*Sess. ord. 2005-2006*) portant, entre autres, introduction de l'instruction simplifiée. Au **paragraphe (4)**, toujours en accord avec le Parquet général (*Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 4-5*), il propose de remplacer la phrase finale par le libellé suivant:

„Un recours en cassation est ouvert selon les modalités prévues par la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.“

De l'avis du Procureur général d'Etat, il s'agit en effet d'éviter des discussions sur la recevabilité des recours au regard des articles 407 et 416 du Code d'instruction criminelle qui s'énoncent ainsi:

„Art. 407.– Les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle ou de police, peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation

formé par le ministère public, le prévenu ou la partie civile suivant les distinctions qui vont être établies.“

„**Art. 416.**– (1) Le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d’instruction ou les jugements en dernier ressort de cette qualité, n’est ouvert qu’après l’arrêt ou le jugement définitif; l’exécution volontaire de tels arrêts ou jugements préparatoires ne peut, en aucun cas, être opposée comme fin de non-recevoir.

(2) Le recours en cassation est toutefois ouvert contre les arrêts et jugements rendus sur la compétence et contre les dispositions par lesquelles il est statué définitivement sur le principe de l’action civile.“

Face à ces dispositions, c’est à bon droit que l’on peut effectivement s’interroger sur la portée réelle de la phrase finale telle que reprise au paragraphe (4) du projet de loi sous examen prévoyant que „le recours en cassation est soumis aux dispositions du Code d’instruction criminelle y afférentes“. D’où donc la justification de sa proposition de modification, alors que dans l’hypothèse visée à l’article 15 du projet on aboutirait, au regard de l’article 416 du CIC, à la conclusion qu’aucun recours en cassation ne serait jamais possible.

Article 16 (17 selon le Conseil d’Etat)

Ledit article a pour objet de modifier et de compléter le Code d’instruction criminelle. Il comporte sept points et justifie quant à sa structure la reformulation de l’intitulé du Chapitre III (IV) qui le coiffe, telle que proposée par le Conseil d’Etat.

Ad point 1

Ce point entend compléter le titre II (Des enquêtes) du Livre I (De l’exercice de l’action publique et de l’instruction) par un Chapitre IV intitulé „– Des procédures d’identification par empreintes génétiques“ s’alignant après trois Chapitres s’énonçant respectivement:

- Des crimes et délits flagrants
- Des vérifications d’identité
- De l’enquête préliminaire.

Ce chapitre IV nouveau est destiné à regrouper six articles nouveaux, numérotés de 48-3 à 48-8 et examinés dans l’ordre par le Conseil d’Etat, auxquels il est proposé d’ajouter un **nouvel article 48-9**.

Article 48-3

Aux fins de comparaison, le profil d’ADN d’une personne ne peut être établi que pour autant qu’il s’agit d’identifier des personnes „concernées par une infraction ou par une des hypothèses visées aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6) et 47-1, ainsi qu’aux fins de l’application de l’article 48-7“.

L’article 39, paragraphe (4), autorise le procureur d’Etat d’ordonner les opérations nécessaires à l’identification d’une personne retenue par un officier de police judiciaire dans le cadre d’une enquête.

L’article 44, paragraphes (2) et (4), vise le même pouvoir d’investigation du procureur d’Etat ou du juge d’instruction en cas de découverte d’un cadavre dans l’hypothèse d’une cause de décès inconnue ou suspecte.

L’article 45, paragraphe (6), précise que, „dans le cadre d’une enquête pour crime ou délit flagrant ou d’une enquête préliminaire ou d’une commission rogatoire ou de l’exécution d’un ordre de recherche délivré par une autorité judiciaire“ (alinéa 2 dudit paragraphe), le procureur d’Etat peut ordonner d’établir un profil d’ADN „sous condition que cette mesure soit impérativement nécessaire à l’établissement de l’identité de la personne interpellée“.

L’article 47-1 se situe dans le cadre de l’enquête préliminaire et règle le prélèvement ou la saisie de cellules humaines, de l’accord de personnes privées, par l’officier de police judiciaire opérant sur ordre du procureur d’Etat.

L’article 48-7 règle le prélèvement, au besoin sous contrainte physique, de cellules sur des personnes condamnées pour certaines infractions limitativement prévues, à une peine d’emprisonnement ou à une peine plus lourde.

En résumé, le prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement d'un profil d'ADN, dans un but de comparaison avec d'autres, se conçoit légalement dans l'hypothèse de la rétention d'une personne dans le cadre d'une enquête (article 39), en cas de découverte d'un cadavre dans le contexte d'une mort suspecte (article 44), à l'occasion de flagrance de crime ou délit, d'enquête préliminaire, de commission rogatoire ou d'exécution d'un ordre de recherche (article 45), en présence de l'accord de la personne concernée (article 47-1), face à la condamnation d'un individu à au moins une peine d'emprisonnement pour perpétration de certaines infractions définies par la loi ou encore dans le but d'„identifier des personnes concernées par une infraction“.

Ce dernier cas de figure est de nature à susciter quelques inquiétudes. Que faut-il en effet entendre par „personnes concernées par une infraction“? N'importe quelle infraction pourrait-elle justifier une mesure aussi incisive que le prélèvement sur une personne de cellules en vue de l'établissement d'un profil d'ADN de comparaison? Quelle doit être l'intensité du lien censé relier une personne avec une infraction?

Les commentaires des auteurs du passage critiqué ne sont en tout cas nullement en mesure d'apaiser les hésitations du Conseil d'Etat, bien au contraire. N'y lit-on en effet pas que „la formule „... personnes concernées par une infraction ...“ a été choisie à dessein afin de permettre d'établir un profil d'ADN dans un large éventail de cas de figure. L'idée est de rendre possible, par exemple, d'établir les profils d'ADN de personnes qui se sont trouvées dans des conditions spatio-temporelles particulières par rapport à la commission de l'infraction (un groupe de personnes qui étaient toutes présentes peu avant la commission des faits dans l'appartement où un cadavre a été découvert, les habitants d'un village aux bords duquel une fille a été retrouvée morte et violée, les profils d'ADN de certains membres de la famille d'une victime disparue sont nécessaires pour établir si des cellules humaines retrouvées appartiennent à la victime en cause, etc.)“ (*Doc. parl. No 5356, sess. ord. 2003-2004, p. 28-29*)?

Les exemples cités montrent l'ambivalence de la finalité de ces mesures d'instruction pratiquées sur les personnes concernées par une infraction. Elles tendent en effet tantôt à l'identification des personnes „coupables“, tantôt à la détermination de l'identité de la victime.

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat se prononce principalement pour l'élimination au **paragraphe (1)** de l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle des termes „par une infraction ou“, les autres hypothèses y visées devant suffire aux objectifs criminalistiques poursuivis.

En ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat invite les auteurs du projet à circonscrire plus étroitement les personnes et les infractions finalement visées par la formule discutée.

A l'endroit du **paragraphe (2)**, il est fait mention de l'article 51, paragraphe (2) non évoqué dans le cadre du paragraphe (1) de l'article 48-3 sous revue. Le Conseil d'Etat se demande s'il ne devrait pas y être ajouté à l'instar des autres dispositions mentionnées et alors qu'il concerne l'établissement du profil d'ADN aux actes d'information pouvant paraître au juge d'instruction utiles à la manifestation de la vérité.

Au **paragraphe (3)**, il se recommande d'écrire „Sauf dans les hypothèses prévues par les articles ...“ plutôt que „A l'exception des hypothèses prévues par les articles ...“.

Article 48-4

Ledit article prévoit dans son **paragraphe (1)** trois modes de prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement du profil d'ADN d'une personne: le frottis buccal, la collecte de bulbes pileux ou la prise de sang. Les deux premiers sont réservés aux „membre(s) de la police grand-ducale ayant au moins la qualité d'agent de police judiciaire“. Eu égard aux articles 10 et 13 du Code d'instruction criminelle, il ne peut s'agir en l'espèce que d'agents ou d'officiers de police judiciaire. La prise de sang doit quant à elle systématiquement être pratiquée par un médecin. En vertu de la phrase finale du paragraphe (1) sous examen, „le prélèvement de cellules doit toujours être exécuté sous la surveillance et en présence d'un officier de police judiciaire“.

En renvoyant à ses observations à l'endroit de l'article 48-8, le Conseil d'Etat estime que le prélèvement de cellules humaines devrait systématiquement requérir l'intervention d'un officier de police judiciaire. Le frottis buccal et la collecte de bulbes pileux ne devraient pouvoir être exécutés que par lui, alors qu'une prise de sang ne devrait pouvoir être pratiquée qu'en sa présence. A cet égard, le paragraphe (1) serait à reformuler comme suit:

„(1) Le prélèvement de cellules humaines nécessaire à l'établissement du profil d'ADN s'obtient par frottis buccal, collecte de bulbes pileux ou par une prise de sang. Les deux premiers prélèvements ne peuvent être exécutés que par un officier de police judiciaire alors que la prise de sang ne peut être pratiquée que par un médecin agissant en présence d'un officier de police judiciaire.“

A cet endroit, le Conseil d'Etat se doit d'insister une fois de plus sur les précautions et soins qui doivent entourer le prélèvement de cellules humaines en vue de l'établissement d'un profil ADN. En cas de comparaison positive avec les traces génétiques de l'auteur présumé du délit ou du crime poursuivis, le moyen de preuve en cause comporte quasiment la certitude de la condamnation. L'empreinte génétique est en effet regardée comme une preuve parfaite tant notre foi dans la science est grande. Et quel magistrat oserait par exemple acquitter un violeur confondu par une seule preuve, génétique, au motif qu'elle n'a pas conquis son intime conviction? (Voir Coralie Ambroise-Castérot, Recherche et administration des preuves en procédure pénale: la quête du Graal de la Vérité, A J Pénal, Juillet-Août 2005, p. 261 ss.).

D'après la version restructurée par le Conseil d'Etat, il convient de remplacer au **paragraphe (2)** la référence à „l'article 9 paragraphe (2)“ par le renvoi à „l'article 6, paragraphe (2)“ de la loi visée.

Article 48-5

Ledit article règle la situation des personnes sur lesquelles s'opérera un prélèvement de cellules humaines ordonné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction. En cas de refus de consentement des personnes en cause, la contrainte physique peut être exercée. La prise de sang reste toutefois exceptée de cette mesure coercitive.

Contrairement à la CNPD, le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas lieu de préciser que la formulation de „personne concernée“ employée à travers l'article sous examen serait à distinguer de celle retenue au niveau de l'article 48-3 „... personnes concernées par une infraction ...“ (voir *Doc. parl. No 5356¹, sess. ord. 2004-2005, p. 15*). Il coule en effet de source qu'il ne peut s'agir en l'occurrence que de „la personne au sujet de laquelle un prélèvement de cellules humaines a été ordonné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction“. Tout au plus pourrait-il être suggéré d'écrire dans ce contexte „sur laquelle“ ou „à l'égard de laquelle“, plutôt que „au sujet de laquelle ...“.

Au **paragraphe (1)**, il se recommande, dans la perspective du réagencement du projet proposé par le Conseil d'Etat, de substituer aux articles 9 et 11 y mentionnés les „articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (2) de la loi ...“.

Au **paragraphe (2)**, il n'est pas indispensable de préciser que si la personne concernée n'a pas encore atteint l'âge de 14 ans révolus, l'accord devra être donné par son représentant légal „conformément aux dispositions du paragraphe précédent“.

Il se dégage de l'effet combiné des **paragraphes (3) et (4)** de l'article 48-5, qu'à l'exception de la prise de sang, les prélèvements de cellules humaines prévues à l'article 48-4, paragraphe (1) peuvent être effectués sous contrainte physique „si (la personne concernée) paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et si ces faits sont susceptibles de constituer une infraction punie d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est de deux ans au moins“.

D'après le Procureur général d'Etat, ce seuil de deux ans „se justifie par la considération qu'il existe également pour l'application d'autres moyens de contrainte autrement graves tels le mandat de dépôt (article 94 du Code d'instruction criminelle) ou les mesures spéciales de surveillance des communications (article 88-1 du Code d'instruction criminelle)“. (*Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 7*). Le Conseil d'Etat peut partager cette appréciation, tout en donnant à réfléchir s'il n'y aurait pas intérêt à s'inspirer dans le présent contexte des formules retenues aux normes de référence ci-avant mentionnées et pour le moins d'écrire „... et si ces faits emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement“. Il est vrai que la peine d'emprisonnement ne se conçoit que dans l'hypothèse d'un crime ou délit (Cf. articles 7, 14 et 25 du Code pénal). Néanmoins, le Conseil d'Etat estime que la précision en la matière n'est pas inutile, non seulement par référence aux articles 88-1 et 94 du Code d'instruction criminelle sus-mentionnés (auxquels l'on pourrait d'ailleurs ajouter les articles 94-1 et 96 du même code), mais également pour faire ressortir davantage le caractère exceptionnel des mesures visées qui ne sont acceptables que dans des hypothèses très restrictives.

Quant à la forme, le Conseil d'Etat se rallie à la proposition du Parquet général de fusionner les paragraphes (3) et (4) en une disposition unique qui, compte tenu des développements ci-dessus, s'énoncerait comme suit:

„(3) En l'absence d'accord de la personne concernée, le prélèvement peut être exercé sous la contrainte physique si cette personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et si ces faits emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. La contrainte physique est exclue pour la prise de sang. Le refus de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines sera consigné au procès-verbal visé à l'article 48-8.“

Article 48-6

En vertu du **paragraphe (1)**, le procureur d'Etat et le juge d'instruction se voient reconnaître le pouvoir de désigner un expert pour dresser le profil d'ADN des cellules prélevées.

A l'occasion de la discussion de l'article 3 du projet de loi sous examen, le Conseil d'Etat ne s'est pas privé de mettre en relief les questions laissées ouvertes quant aux qualités requises dans le chef dudit expert. Sans prétendre y avoir apporté une réponse définitive, il s'est évertué à esquisser un début de solution en proposant de compléter à cet effet ledit article 3 par un paragraphe (4) nouveau.

Aussi le Conseil d'Etat se demande-t-il s'il ne pourrait pas s'avérer judicieux de modifier comme suit le paragraphe (1) de l'article 48-6 du Code d'instruction criminelle:

„(1) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction désignent un expert qualifié au sens de l'article 4, paragraphe (4) de la loi du [...] relative aux empreintes génétiques en matière pénale, pour dresser établir le profil d'ADN des cellules humaines prélevées.“

Quant au **paragraphe (4)**, le Conseil d'Etat se rallie à la proposition du Procureur général d'Etat d'y ajouter la phrase finale suivante:

„L'intéressé a le droit, endéans un délai de 10 jours à partir de la communication, de demander au procureur d'Etat ou au juge d'instruction l'établissement d'un profil d'ADN par un deuxième expert à désigner conformément aux dispositions du paragraphe 1er.“

Pour la motivation à la base de cette disposition complémentaire, il est renvoyé à l'extrait afférent de l'avis du Parquet Général (*Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 5*).

Article 48-7

Par application de son **paragraphe (1)** il est procédé, le cas échéant sous contrainte physique, à un prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement d'un profil d'ADN sur chaque personne définitivement condamnée à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde pour avoir commis une des infractions limitativement énoncées sous les points 1 à 14.

Quant au catalogue de ces infractions, le Conseil d'Etat propose, par référence à l'intitulé du Chapitre IV du Titre VIII du Livre II du Code pénal, de reformuler comme suit le point 10:

„10. Les infractions d'attentat à la liberté individuelle prévues aux articles 434 à 438 du Code pénal;“.

A noter enfin qu'il se recommande de préciser au paragraphe (1) que c'est l'établissement du profil „d'ADN“ qui est en l'espèce visé.

Au **paragraphe (3)**, dans la lignée de la proposition de restructuration du projet de loi sous examen, il convient de corriger la référence aux articles 1er à 3 de la loi en cause par le renvoi aux articles 2 à 4 du même texte visé.

Le **paragraphe (4)** assimile les personnes condamnées à l'étranger, qui purgent tout ou partie de leur peine au Grand-Duché de Luxembourg, aux personnes condamnées par une juridiction luxembourgeoise. Ledit texte de préciser que „pour déterminer si la personne concernée a été condamnée pour une des infractions visées au paragraphe (1), les faits pour lesquels la condamnation a été prononcée sont pris en considération alors même que, d'après la loi luxembourgeoise et la loi de l'Etat de condamnation, l'infraction n'est pas qualifiée par une terminologie identique ou similaire et qu'il n'y a pas de concordance des éléments constitutifs des infractions dans les droits luxembourgeois et étranger“. Les données ainsi collectées pourraient servir en cas de récidive, qui aurait en l'occurrence toutes

les chances d'être commise sur notre territoire national (Cf. *Doc. parl. No 5356, sess. ord. 2003-2004, p. 33*).

La solution adoptée est de nature à répondre aux exigences que pose la réglementation internationale liant notre pays en matière notamment de mandat d'arrêt européen et de transfèrement de nationaux.

Reste à consacrer quelques développements à l'application dans le temps de l'article 48-7.

D'après l'article 17 du projet de loi sous revue, „les dispositions de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle s'appliquent aux personnes dont la condamnation luxembourgeoise ou étrangère est devenue définitive après l'entrée en vigueur de la présente loi“.

Cette disposition, – sous réserve des modifications de fond qui s'imposent d'après le Conseil d'Etat et dont il sera question ci-après –, devrait, dans un souci de sécurité juridique, figurer au Code d'instruction criminelle plutôt que d'être dissociée de ce dernier pour se retrouver dans une disposition particulière insérée à la fin de la future loi relative aux empreintes génétiques en matière pénale. La démarche préconisée aurait le mérite de rapprocher les dispositions de l'article 48-7 des règles déterminant leur application dans le temps. Elle contribuerait de la sorte à en permettre une lecture plus compréhensive et juste.

Dans la logique des considérations principales ci-avant exposées, il est ainsi proposé de conclure l'article 48-7 par un paragraphe (4) nouveau à la teneur suivante:

„(4) Les dispositions du présent article s'appliquent aux personnes dont la condamnation est devenue définitive après le ...“.

Ledit paragraphe (4) est à compléter le moment venu par l'indication de la date souhaitée d'entrée en vigueur de la loi en projet. A cet égard il est renvoyé aux développements ci-après consacrés à l'article 17.

Article 48-8

Du point de vue légistique, il convient de séparer les dispositions inhérentes au **paragraphe (1)** de celles reprises aux **paragraphes (2) et (3)** qu'il y aura lieu de regrouper sous un **article 48-9 nouveau** à insérer sous le point 1 de l'article 16 (17 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi sous avis.

Le paragraphe (1) du projet a en effet pour objet de déterminer les informations devant être consignées au procès-verbal de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines censés contribuer à l'établissement d'un profil d'ADN, alors que les deux autres ont trait aux dispositions des articles 48-3 à 48-8 dont l'inobservation entraîne la nullité des mesures entreprises, et étendent l'application de certaines dispositions de procédure aux actes posés en application des dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 nouveaux du CIC.

Il en découle que, d'un point de vue formel, l'article 48-8 se résume désormais aux seules dispositions reprises au paragraphe (1) du projet de loi sous revue, les paragraphes (2) et (3) initiaux devenant respectivement les paragraphes (1) et (2) d'un **nouvel article 48-9**.

Le **paragraphe (1)** détaille les informations devant figurer au procès-verbal à dresser lors de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN.

D'après le Conseil d'Etat, il y a intérêt à différencier les hypothèses visées. En effet, ni les obligations procédurales ni les exigences au niveau de la qualification du personnel en charge ne sont forcément les mêmes dans les deux cas de figure visés.

Aussi est-il proposé de réserver aux seuls officiers de police judiciaire les opérations de prélèvement (sous réserve des prescriptions spéciales prévues pour la prise de sang), les constatations en rapport avec une découverte de cellules humaines pouvant indistinctement être effectués par un agent ou officier de police judiciaire.

Dans le contexte d'une découverte de cellules humaines, il est indispensable de prescrire que le procès-verbal afférent doive contenir un relevé des traces répertoriées et indiquer les conditions dans lesquelles ces dernières ont été trouvées et conservées.

Dans l'optique du Conseil d'Etat, l'article 48-8 serait partant à libeller comme suit:

„**Art. 48-8.**– (1) Lors de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN, un procès-verbal doit être dressé indiquant:

1. le lieu, la date et l'heure auxquels ces opérations ont eu lieu;

2. l'identité et les qualités de la personne qui y a procédé;
3. les conditions dans lesquelles le prélèvement ou la découverte ont été effectués
4. les conditions dans lesquelles les cellules humaines ont été conservées;
5. la référence du dossier correspondant de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire en cause.

(2) Dans le contexte du prélèvement, le procès-verbal doit en outre fournir des informations concernant:

1. l'accord ou le refus de la personne concernée, respectivement de son représentant légal, de s'y soumettre;
2. les nom, prénoms, date et lieu de naissance et sexe de la personne concernée;
3. dans le cadre de l'application de l'article 48-7, la référence à la condamnation pénale en cause ainsi qu'à la décision du procureur général d'Etat de procéder au prélèvement.

(3) Le procès-verbal en rapport avec une opération de prélèvement est à dresser par un officier de police judiciaire.

Le procès-verbal en rapport avec une découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN est à dresser par un agent ou officier de police judiciaire. "

Le **paragraphe (2)** de l'article 48-8 du projet de loi sous examen devient le **paragraphe (1)** de l'**article 48-9 nouveau**.

Au **paragraphe (3) (paragraphe (2) de l'article 48-9 nouveau)** du CIC, selon le Conseil d'Etat, il est fait référence à l'article 48-9 du CIC dans la teneur du projet de loi portant 1. introduction notamment de l'instruction simplifiée, du contrôle judiciaire et réglementant les nullités de la procédure d'enquête, 2. modification de différents articles du Code d'instruction criminelle, et 3. abrogation de différentes lois spéciales (*Doc. parl. No 5354, sess. ord. 2005-2006*). Or, en cours de la procédure législative, ledit article 48-9 est devenu l'article 48-2 (Voir amendement afférent au *Doc. parl. No 5354¹, sess. ord. 2005-2006, p. 2*). Il s'en déduit que le renvoi correspondant doit être corrigé en conséquence.

Ad point 2

La modification projetée porte sur l'**article 39, paragraphe (4)** du Code d'instruction criminelle et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Ad point 3

Ledit point concerne l'**article 40** du Code d'instruction criminelle qui rend applicable au cas de délit flagrant les articles 31 à 39 du même code. Inutile donc de préciser dans la disposition qu'il est proposé d'ajouter audit article 40 qu'elle a vocation de s'appliquer „même en cas de délit flagrant“.

Dans la ligne de ses développements antérieurs, à l'endroit des articles 48-5 et 48-7 du Code d'instruction criminelle, le Conseil d'Etat suggère de remanier comme suit la disposition destinée à être intégrée à l'article 40 concerné:

„Toutefois le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN ne peut être effectué que si les faits emportent une peine dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.“

Ad points 4 à 7

Ils ont respectivement pour objet les **articles 44, 45, 47-1 (nouveau) et 51** du Code d'instruction criminelle et ne comportent pas d'observation.

Article 17 (19 selon le Conseil d'Etat)

Ledit article règle l'application dans le temps de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle. Aussi, d'après le Conseil d'Etat, la disposition en cause aurait-elle sa place au sein même dudit article. A ce propos il est renvoyé aux observations afférentes ci-avant exposées.

Compte tenu de l'option préconisée en l'occurrence par le Conseil d'Etat, l'article 17 sous avis pourrait utilement être converti en mesure déterminant la mise en vigueur générale de la future loi relative aux empreintes génétiques en matière pénale et prendre la teneur ci-après:

„**Art. 19.**– *La présente loi entre en vigueur le ...*“.

La date en question, à déterminer en fonction de l'évolution de la procédure législative, devrait évidemment se refléter au niveau de l'article **48-7, paragraphe (4) nouveau** du Code d'instruction criminelle tel que proposé par le Conseil d'Etat.

L'article 17 (19 selon le Conseil d'Etat) sous examen devrait être intégré sous le Chapitre V – Dispositions *finales* ensemble avec l'article 18 (20 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi sous avis qui en permet la citation sous une forme abrégée et n'appelle pas d'observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 décembre 2005.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

5356/04

N° 5356⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI

**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Amendements adoptés par la Commission juridique</i>	
1) Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat (31.1.2006).....	1
2) Texte coordonné.....	4

*

**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(31.1.2006)

Monsieur le Président,

Me référant à l'article 19 (2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, j'ai l'honneur de vous faire parvenir des amendements au projet de loi mentionné sous rubrique que la Commission juridique a adoptés dans sa réunion du 25 janvier 2006.

Je joins, à toutes fins utiles, en annexe un nouveau texte coordonné du projet de loi mentionné sous rubrique. Il en ressort qu'au fond, la commission fait siennes plusieurs propositions de texte formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 23 décembre 2005. Ces textes repris figurent en caractères gras. Par ailleurs, le texte comporte une série d'amendements parlementaires, figurant en caractères soulignés.

1. Amendement à l'article 4, paragraphe (4), alinéa 3

La commission propose d'ajouter in fine l'alinéa suivant:

„Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si le laboratoire a reçu l'agrément de son pays.“

Commentaire

La commission est d'avis que toutes les précautions et garanties s'imposent, afin que les analyses d'ADN bénéficient du plus grand degré de fiabilité qui soit possible. A cette fin, il faut s'assurer que les laboratoires et les experts, chargés de procéder aux dites analyses d'ADN, disposent des qualifications et homologations professionnelles requises.

Par cet ajout, tant la qualification de l'expert que l'agrément du laboratoire chargés des opérations relatives à l'analyse d'ADN sont assurés.

2. Amendement à l'article 5

- a) La commission propose, pour des raisons d'uniformité avec l'article 8, d'insérer le terme „ADN“ après le mot „traitement“.
- b) La commission propose de compléter le texte ci-après „[...] conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, leur“ par les termes „modification, consultation, comparaison“. L'article 5 est donc libellé comme suit:

„**Art. 5.** Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN criminalistique“ l'insertion dans un fichier de profils ADN obtenus dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, leur modification, consultation, comparaison, conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle.“

Commentaire

Il y a lieu d'énumérer de manière exhaustive l'ensemble des opérations liées aux traitements des profils d'ADN criminalistique.

3. Amendement à l'article 8

La commission propose, à l'instar de son amendement 2, b), de compléter le texte ci-après „[...] conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, leur“ par les termes „modification, consultation, comparaison“. L'article 8 est partant libellé comme suit:

„**Art. 8.** (1) Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN condamnés“ l'insertion dans un fichier de profils ADN de personnes condamnées, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, leur modification, consultation, comparaison, conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle.“

4. Amendement à l'article 11, paragraphe (2)

Il y a lieu de rectifier une erreur d'ordre matériel, consistant à remplacer le mot „l'article“ par „l'acte“.

5. Amendement à l'article 12, paragraphe (2)

La commission propose de fixer le délai d'appel à „cing“ jours afin qu'une uniformité avec le projet de loi No 5354 soit assurée.

6. Amendement à l'article 12, paragraphe (4)

La commission propose, pour des raisons de logique légistique, d'ajouter le terme „modifiée“ après les mots „[...] selon les modalités prévues par la loi [...]“. Le paragraphe (4) de l'article 12 est partant libellé comme suit:

„(4) Les formalités du présent article sont à observer à peine de nullité, sauf si la personne concernée ou son conseil y a renoncé. Les notifications et avertissements visés au présent article se font dans les formes prévues pour les notifications en matière répressive. **Un recours en cassation est ouvert selon les modalités prévues par la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.**“

7. Amendement à l'article 17

- a) Il y a lieu d'amender l'article 17 en ce qu'il introduit au Livre Ier, titre II du Code d'instruction criminelle un „chapitre V“ et non un „chapitre IV“ comme indiqué dans le texte de loi initial.

Commentaire

Cet amendement s'impose en raison de l'article III du projet de loi No 5354 introduisant au Livre Ier, titre II du Code d'instruction criminelle un chapitre IV libellé comme suit: „Chapitre IV.– Des nullités de la procédure d'enquête“.

b) Article 48-5, paragraphe (3) du Code d'instruction criminelle

La commission propose, afin d'alléger le texte, de supprimer les termes „une peine“ après les mots „[...] si ces faits emportent une peine criminelle ou ~~une~~ peine correctionnelle [...]“.

c) Article 48-7, paragraphe (5) du Code d'instruction criminelle

La commission propose de fixer la date de l'application dans le temps des dispositions de l'article 48-7, paragraphe (5) du Code d'instruction criminelle au moment du vote en séance publique du présent projet de loi. Cette date, différente de la date d'entrée en vigueur de la future loi découlant du présent projet de loi, se situera à deux mois après le vote précité en séance publique.

Commentaire

Cet agencement de la date relative à l'application dans le temps des dispositions de l'article sous rubrique permet aux autorités judiciaires de définir et de finaliser endéans un délai raisonnable les modalités d'application relatives à la banque ADN condamnés.

d) Article 48-8, paragraphe (3) du Code d'instruction criminelle

La commission propose de fusionner les alinéas 1er et 2 et de prévoir que le procès-verbal est à dresser, tant dans l'hypothèse d'une opération de prélèvement, que dans l'hypothèse d'une découverte de cellules humaines, par un officier de police judiciaire. Le paragraphe (3) est partant libellé comme suit:

„(3) Le procès-verbal en rapport avec une opération de prélèvement ou une découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN est à dresser par un officier de police judiciaire.“

Commentaire

La commission est d'avis qu'un officier de police judiciaire, quant à la découverte et au maniement de cellules humaines découvertes, dispose d'une plus grande expérience tant scientifique que pratique qu'un agent de police judiciaire. L'obligation de rédaction du procès-verbal, dans les deux hypothèses précitées, par un officier de police judiciaire permet de sorte de minimiser le risque de contamination des traces d'ADN au moment de leur découverte et surtout au moment de leur prélèvement. Il s'agit avant tout de s'assurer que la preuve génétique qui en résultera soit aussi fiable que possible.

e) Article 48-9, paragraphe (3) du Code d'instruction criminelle

La commission propose d'ajouter à des fins de précisions les termes „criminelle ou correctionnelle“ après les mots „[...] si les faits emportent une peine [...]“. La disposition devant être intégrée à l'article 40 du Code d'instruction criminelle est partant libellée comme suit:

„Toutefois, le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN ne peut être effectué que si les faits emportent une peine criminelle ou correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.“

8. Amendement à l'article 18

La commission propose d'indiquer la date d'entrée en vigueur dès que l'examen du présent projet de loi est terminé.

*

Vu l'urgence du projet de loi, je vous saurais gré, Monsieur le Président, si le Conseil d'Etat pouvait émettre son avis dans les meilleurs délais.

J'envoie copie de la présente, pour information, au Ministre de la Justice et à la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Président de la Chambre des Députés,
Lucien WEILER

*

TEXTE COORDONNE

Chapitre I. – *Objet*

Art. 1er. La présente loi règle le recours aux empreintes génétiques en vue de l'identification d'une personne, dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en matière pénale.

Le traitement de ces données est soumis aux prescriptions des articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (1) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Chapitre II. – *De l'établissement des empreintes génétiques*

Art. 2. L'établissement d'un code alphanumérique sur la base de l'analyse de plusieurs marqueurs d'acide désoxyribonucléique (ci-après „profil d'ADN“), effectuée à partir de cellules humaines découvertes ou prélevées conformément aux articles 48-3 à 48-8 du Code d'instruction criminelle, ainsi que le traitement des données à caractère personnel y afférentes doivent être opérés conformément aux dispositions de la présente loi.

Art. 3. (1) Les profils d'ADN sont établis, après l'amplification de l'ADN de cellules humaines par l'application de la réaction polymérase en chaîne, sur base de sept marqueurs d'ADN au moins.

(2) A titre de test complémentaire, l'ADN mitochondrial peut également être établi comme méthode comparative.

(3) Un règlement grand-ducal détermine les marqueurs visés au paragraphe (1) qui sont utilisés, outre les marqueurs des chromosomes X et Y.

Art. 4. (1) Avant de procéder à l'établissement du profil d'ADN proprement dit conformément aux articles 1 et 2, l'expert chargé procède à une description des cellules et à des tests d'orientation préalables pour déterminer la nature et l'origine du matériel biologique.

(2) L'expert compare le profil d'ADN des cellules prélevées avec celui des cellules découvertes. Il adresse à ce sujet un rapport motivé au procureur d'Etat ou au juge d'instruction ayant ordonné l'analyse d'ADN. Ce rapport contient, outre les données contenues dans le procès-verbal de prélèvement, la description détaillée des échantillons, les autres tests qui ont éventuellement été effectués, les résultats de l'analyse d'ADN, le résultat de la comparaison des profils d'ADN, une interprétation de la signification de la comparaison et une probabilité statistique qui indique dans quelle mesure l'identification positive diffère d'une correspondance fortuite.

(3) Dans l'hypothèse où aucun résultat n'a été obtenu pour les cellules prélevées ou si le profil d'ADN ne fournit pas assez d'informations pour pouvoir procéder à une comparaison, l'expert informe le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné l'analyse d'ADN des autres techniques qui pourraient être utilisées pour néanmoins pouvoir effectuer éventuellement une comparaison.

(4) Peut seul être désigné comme expert au sens du présent article une personne titulaire d'un diplôme de docteur en médecine, de docteur en sciences pharmaceutiques, de docteur en sciences, de docteur en biotechnologie ou de docteur en bio-ingénierie, d'une part, et qui dispose d'une expérience pratique d'au moins trois ans en matière d'analyse d'ADN, d'établissement et de comparaison de profils d'ADN, d'autre part.

L'expert doit être affecté à un laboratoire disposant d'un service organisé sur une base permanente pour recevoir les traces de cellules.

Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si le laboratoire a reçu l'agrément de son pays.

Chapitre III. – Du traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques

Section I. – Du traitement ADN criminalistique

Art. 5. Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN criminalistique“ l'insertion dans un fichier de profils ADN obtenus dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, leur modification, consultation, comparaison, conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle.

Art. 6. (1) Le traitement d'un profil d'ADN consistant dans l'insertion de ce profil, ou des données y relatives telles que visées à l'article **13**, dans le traitement ADN criminalistique est effectué sur décision du procureur d'Etat ou du juge d'instruction ayant ordonné l'établissement du profil d'ADN en cause dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire dont il est saisi.

(2) L'insertion dans le traitement ADN criminalistique d'un profil d'ADN établi sur base de cellules humaines découvertes au sens de l'article 48-4 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, ou d'informations y relatives telles que visées à l'article **13**, est effectuée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction, ou par un officier de police judiciaire agissant sur instruction d'un de ces magistrats.

(3) L'insertion dans le traitement ADN criminalistique d'un profil d'ADN établi sur base de cellules humaines prélevées sur une personne déterminée, volontairement ou sous contrainte physique, est effectuée lorsque la comparaison visée à l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle a été positive. Si le profil d'ADN en cause fait déjà l'objet du traitement ADN criminalistique, les informations y relatives telles que visées à l'article **13** y sont ajoutées.

En cas de comparaison négative, le profil d'ADN n'est pas inséré au traitement ADN criminalistique.

Art. 7. (1) Un profil d'ADN ayant pu être attribué à une personne déterminée ainsi que les informations y relatives peuvent faire l'objet du traitement ADN criminalistique jusqu'au jour où:

1. la personne à laquelle il se rapporte a été acquittée, par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée, pour les faits ayant donné lieu à l'établissement de son profil d'ADN, **ou**
2. les faits ayant donné lieu à l'établissement du profil d'ADN en cause sont prescrits, **ou**
3. un délai de 10 ans s'est écoulé après le décès de cette personne.

(2) Toutefois, nonobstant le paragraphe précédent, les informations y visées peuvent néanmoins être maintenues au traitement ADN criminalistique si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une comparaison positive en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire qui justifient le maintien de ces informations au traitement ADN criminalistique.

(3) En cas de condamnation, coulée en force de chose jugée, d'une personne à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde, les données relatives au profil d'ADN de cette personne font l'objet du traitement ADN condamnés visé à la section **II**.

(4) Le profil d'ADN qui n'a pas pu être attribué à une personne déterminée ne peut plus faire l'objet d'un traitement ADN criminalistique 30 ans après son établissement.

(5) Tout traitement des données faisant l'objet du traitement ADN criminalistique autre que l'insertion, la consultation, la comparaison ou l'ajout d'une des informations visées à l'article **13** doit faire l'objet d'une autorisation du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Section II. – Du traitement ADN condamnés

Art. 8. (1) Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN condamnés“ l'insertion dans un fichier de profils ADN de personnes condamnées, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, leur modification, consultation, comparaison, conservation et leur communication aux fins de

pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle.

(2) Sans préjudice de l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, ne peuvent faire l'objet du traitement ADN condamnés que:

1. les profils d'ADN faisant partie du traitement ADN criminalistique qui ont pu être attribués à une personne déterminée ayant fait l'objet d'une condamnation définitive à une peine d'emprisonnement ou une peine plus lourde, et
2. les profils d'ADN établis en exécution de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle.

(3) Les profils d'ADN visés au paragraphe précédent sont insérés au traitement ADN condamnés sur décision du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Art. 9. (1) Les profils d'ADN faisant l'objet du traitement ADN condamnés ne sont accessibles à des fins de consultation et de comparaison qu'au procureur d'Etat et au juge d'instruction saisis d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire dans le cadre de laquelle un profil d'ADN a été établi, ainsi qu'aux experts dans l'intérêt des missions leur confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

(2) Tout traitement des données faisant l'objet du traitement ADN condamnés autre que la consultation ou la comparaison doit faire l'objet d'une autorisation préalable du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Art. 10. Un profil d'ADN, ainsi que les données à caractère personnel y afférentes, ne peuvent plus faire l'objet du traitement ADN condamnés 10 ans après le décès de la personne à laquelle ces informations se rapportent.

Art. 11. (1) Les dispositions des articles **14**, **6**, paragraphes (1) et (3), **7**, paragraphes (1) à (4), **8**, paragraphe (2), **9**, paragraphe (1), et **10** sont à observer sous peine de nullité.

(2) Les dispositions des articles **48-2** et 126 à 126-2 du Code d'instruction criminelle sont respectivement applicables aux demandes en nullité des actes posés en application des articles **2 à 10 et 13 à 16** de la présente loi, suivant que l'acte en cause a été posé dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire.

Art. 12. (1) En dehors des hypothèses visées par l'article 11, la personne concernée peut, par simple requête, présenter une demande en nullité d'un acte posé par le procureur général d'Etat en exécution de la présente loi à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de son domicile ou du lieu de sa résidence habituelle ou, à défaut, du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Cette requête doit être déposée, sous peine de forclusion, dans un délai de dix jours à partir de la connaissance de l'acte par le requérant. La requête est communiquée au procureur général d'Etat par la voie du greffe qui avise les parties du jour, de l'heure et du lieu de l'audience au moins huit jours à l'avance par lettre recommandée. La personne concernée, son conseil et le ministère public ont seuls le droit d'y assister et de fournir tels mémoires et de faire telles réquisitions, verbales ou écrites, qu'ils jugent convenables. La chambre du conseil statue sur la demande par un jugement qui est susceptible d'appel et d'un recours en cassation.

(2) L'appel est porté devant la chambre du conseil de la cour d'appel. Il est consigné sur un registre tenu à cet effet au greffe du tribunal d'arrondissement dont relève la chambre du conseil. Il doit être formé dans un délai de cinq jours, qui court contre le ministère public à compter du jour de l'ordonnance et contre la personne concernée à compter du jour de la notification de l'ordonnance. Le greffier avertit la partie intimée de la déclaration d'appel dans les vingt-quatre heures de la consignation sur le registre.

(3) La personne concernée, son conseil et le procureur général d'Etat, qui sont avertis par le greffier au moins huit jours à l'avance du jour, de l'heure et du lieu de l'audience, ont seuls le droit d'y assister et de fournir tels mémoires et de faire telles réquisitions, verbales ou écrites, qu'ils jugent convenables.

(4) Les formalités du présent article sont à observer à peine de nullité, sauf si la personne concernée ou son conseil y a renoncé. Les notifications et avertissements visés au présent article se font dans les formes prévues pour les notifications en matière répressive. **Un recours en cassation est ouvert selon les modalités prévues par la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.**

(5) La demande en nullité visée au présent article est irrecevable lorsque le ou les actes argués de nullité ont été posés par ou sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans un des cas prévus à l'article 48-3 paragraphe (1) du Code d'instruction criminelle.

*Section III. – Dispositions communes aux traitements ADN criminalistique
et ADN condamnés*

Art. 13. (1) Les profils d'ADN visés par la présente loi peuvent seulement être traités avec les informations suivantes:

1. le nom complet, la date de naissance et le sexe de la personne sur laquelle les cellules ont été prélevées ou, en cas de cellules humaines découvertes, le lieu exact, la date et l'heure auxquels les cellules humaines ont été découvertes;
2. la référence du dossier de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans le cadre de laquelle le prélèvement a été effectué ou les cellules humaines découvertes;
3. le numéro attribué à l'échantillon de cellules humaines lors de sa remise à l'expert;
4. la désignation exacte du laboratoire et l'identité de l'expert ayant procédé à l'établissement du profil d'ADN;
5. le nom du magistrat ayant ordonné le prélèvement;
6. les faits pour lesquels l'établissement du profil d'ADN a été ordonné;
7. la ou les qualités en vertu desquelles le profil d'ADN d'une personne déterminée a été établi ainsi que, le cas échéant, les dates lors desquelles ces qualités ont changé;
8. les informations relatives aux comparaisons positives qui ont été faites entre le profil d'ADN en cause et d'autres profils d'ADN;
9. pour autant que le traitement ADN condamnés est concerné, la juridiction, la date, les peines et les faits pour lesquels une condamnation a été prononcée;
10. les informations visées à l'article 14.

(2) Un profil d'ADN établi est à considérer comme donnée à caractère personnel, au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, à partir du moment où le code alphanumérique de l'analyse d'ADN a été associé à une information relative à la personne physique en cause permettant de l'identifier.

Art. 14. (1) Lors de chaque consultation d'un profil d'ADN, de chaque comparaison entre plusieurs profils d'ADN ou de chaque modification des données relatives à un profil d'ADN, les informations suivantes doivent être enregistrées:

1. les nom et prénoms de la personne physique ayant procédé à l'opération en cause;
2. la date et l'heure de l'opération;
3. la référence du dossier de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans le cadre de laquelle l'opération a été effectuée.

(2) La consultation de données d'ADN gérées par des Etats, organisations ou institutions internationales s'effectue dans le respect du paragraphe (1) du présent article.

Art. 15. (1) Les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés sont effectués sous la responsabilité du procureur général d'Etat; il peut déléguer l'exercice de ses attributions à un magistrat du parquet général.

(2) Les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés ne peuvent faire l'objet d'aucune interconnexion, entre eux ou avec d'autres traitements de données à caractère personnel, autre que celles prévues par la présente loi.

Art. 16. La communication des données des traitements ADN criminalistique et ADN condamnés est autorisée:

1. aux autorités judiciaires nationales pour tout ce qui est de leur compétence;
2. aux experts dans l'intérêt des missions leur confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans le cadre des enquêtes préliminaires et instructions préparatoires dont ces magistrats sont saisis;
3. à d'autres Etats, organisations ou institutions internationales, en application **de dispositions de droit international.**

Chapitre IV. – Dispositions complétant et modifiant le Code d'instruction criminelle

Art. 17. Le Code d'instruction criminelle est respectivement modifié et complété comme suit:

1. Il est inséré au titre II du livre I du Code d'instruction criminelle un chapitre V rédigé comme suit:

„Chapitre V. – Des procédures d'identification par empreintes génétiques

Art. 48-3. (1) Un profil d'acide désoxyribonucléique (ci-après „ADN“) d'une personne ne peut être établi qu'en vue de la comparaison de ce profil avec d'autres profils d'ADN aux fins de pouvoir identifier des personnes concernées par une des hypothèses prévues aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6), 47-1 et **51 paragraphe (2)**, ainsi qu'aux fins de l'application de l'article 48-7. Dans tous les cas, les profils d'ADN ne peuvent être établis que sur base de segments d'ADN non codants.

(2) Le procureur d'Etat, conformément aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphe (2), 45 paragraphe (6) et 47-1, et le juge d'instruction, conformément aux articles 44 paragraphe (4) et 51 paragraphe (2), peuvent ordonner qu'il soit procédé à un prélèvement de cellules humaines sur une personne aux fins de l'établissement d'un profil ADN de comparaison.

(3) **Sauf dans les** hypothèses prévues par les articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6) et 48-7, le prélèvement de cellules humaines ne peut être ordonné que si des cellules humaines ont été découvertes et recueillies dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dont le procureur d'Etat ou le juge d'instruction est saisi.

Art. 48-4. (1) Le prélèvement de cellules humaines nécessaire à l'établissement du profil d'ADN s'obtient par frottis buccal, collecte de bulbes pileux ou par une prise de sang. Les deux premiers prélèvements ne peuvent être exécutés que par un officier de police judiciaire alors que la prise de sang ne peut être pratiquée que par un médecin agissant en présence d'un officier de police judiciaire.

(2) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction peuvent également ordonner qu'il soit procédé à l'établissement d'un profil d'ADN sur la base de cellules humaines qui ont été découvertes et recueillies dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dont ils sont saisis. Les profils d'ADN ainsi établis font l'objet des traitements prévus à l'article 48-6 paragraphes (1) à (3) et à l'article **6** paragraphe (2) de la loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

Art. 48-5. (1) La personne **à l'égard** de laquelle un prélèvement de cellules humaines a été ordonné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction est informée de cette décision. En cas d'accord de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines, elle doit être informée, préalablement au prélèvement, des circonstances des faits faisant l'objet de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire et notamment du fait qu'elle a le choix entre les trois modalités de prélèvement visées à l'article 48-4, paragraphe (1) et que le profil d'ADN établi sur base du prélèvement effectué sur sa personne fera l'objet des traitements visés à l'article 48-6, paragraphes (1) à (3) du présent Code ainsi qu'aux articles **6**, paragraphe (3) et **8**, paragraphe (2) de la loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

(2) Il est fait mention des informations visées au paragraphe précédent dans l'accord écrit de la personne concernée. Si celle-ci n'a pas encore atteint l'âge de 14 ans révolus, l'accord devra être donné par son représentant légal.

(3) En l'absence d'accord de la personne concernée, le prélèvement peut être exercé sous la contrainte physique si cette personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et si ces faits emportent une peine criminelle ou correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. La contrainte physique est exclue pour la prise de sang. Le refus de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines sera consigné au procès-verbal visé à l'article 48-8.

Art. 48-6. (1) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction désignent un expert **qualifié au sens de l'article 4, paragraphe (4) de la loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale** pour établir le profil d'ADN des cellules humaines prélevées.

(2) Le profil d'ADN ainsi établi peut être comparé:

1. avec les autres profils d'ADN dressés dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans laquelle le profil d'ADN en cause a été établi, et
2. avec les profils d'ADN des personnes dont le profil a été établi en application des articles 48-3 à 48-5 et qui font l'objet du traitement ADN criminalistique visé par la loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale, et
3. avec les profils d'ADN qui font l'objet du traitement ADN condamnés visé par la même loi.

(3) Dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les traitements de données consistant dans la consultation et la comparaison des profils d'ADN sont effectués par le procureur d'Etat ou par le juge d'instruction saisis par une enquête préliminaire ou une instruction préparatoire dans le cadre de laquelle l'établissement d'un profil d'ADN paraît justifié ou a été effectué, ainsi que, sous la responsabilité de ces magistrats, par les experts dans l'intérêt des missions leur confiées et par les officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

(4) Lorsque des cellules humaines ont été prélevées sur une personne déterminée en vue de l'établissement d'un profil d'ADN, volontairement ou sous contrainte physique, le résultat de la comparaison visée au paragraphe précédent est communiqué à l'intéressé endéans les deux mois après que le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné la comparaison en a pris connaissance. Cette communication est effectuée soit par lettre recommandée à la poste, soit verbalement par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné la comparaison, ou par un officier de police judiciaire agissant sur instruction d'un de ces magistrats. La communication verbale du résultat doit faire l'objet d'un procès-verbal ou d'un acte d'instruction. Sur décision motivée du procureur d'Etat ou du juge d'instruction ayant ordonné la comparaison en cause, le délai de communication du résultat peut être porté à un an si les intérêts de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire l'exigent. **L'intéressé a le droit, endéans un délai de 10 jours à partir de la communication, de demander au procureur d'Etat ou au juge d'instruction l'établissement d'un profil d'ADN par un deuxième expert à désigner conformément aux dispositions du paragraphe 1er.**

Art. 48-7. (1) Il sera procédé, au besoin sous contrainte physique, à un prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement d'un profil d'ADN sur chaque personne qui a été condamnée par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde pour:

1. les infractions d'attentats et de complots visant la personne du Grand-Duc, la famille grand-ducale, la forme du Gouvernement ainsi que la sûreté extérieure et intérieure du Grand-Duché de Luxembourg, prévues aux articles 101 à 133 du Code pénal;
2. les infractions de terrorisme prévues aux articles 135-1 à 135-6 du Code pénal;
3. les infractions de torture prévues aux articles 260-1 à 260-4 du Code pénal;
4. les infractions d'association de malfaiteurs et de participation à une organisation criminelle prévues aux articles 322 à 325 du Code pénal;
5. les infractions d'enlèvement de mineurs prévues aux articles 364 à 371-1 du Code pénal;

6. les infractions d'attentat à la pudeur et de viol prévues aux articles 372 à 378 du Code pénal;
7. les infractions relatives à la prostitution, à l'exploitation et à la traite des êtres humains prévues aux articles 379 et 379bis du Code pénal;
8. l'infraction sexuelle en relation avec des mineurs prévue à l'article 384 du Code pénal;
9. les infractions de meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement, homicide volontaire non qualifié de meurtre, et de coups et blessures volontaires prévues aux articles 393 à 409 du Code pénal;
10. les infractions **d'attentat à la liberté individuelle** prévues aux articles 434 à 438 du Code pénal;
11. l'infraction de prise d'otages prévue à l'article 442-1 du Code pénal;
12. les infractions de vol et d'extorsion prévues aux articles 467 à 476 du Code pénal;
13. les infractions relatives aux incendies volontaires prévues aux articles 510 à 520 du Code pénal;
14. les infractions prévues par la loi du 8 août 1985 portant répression du génocide.

(2) La décision de placement prononcée conformément à l'article 71 du Code pénal pour une des infractions visées au paragraphe (1) est assimilée, pour les besoins de l'application du présent article, à une condamnation pour cette infraction.

(3) L'établissement des profils d'ADN en exécution du présent article est effectué sous l'autorité du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué à cette fin, conformément aux articles 48-3 paragraphe (1), 48-4 paragraphe (1), 48-5, 48-6 paragraphe (1) et 48-8 paragraphe (1), ainsi qu'aux articles **2 à 4** de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

(4) Les dispositions du présent article s'appliquent également aux personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère et qui purgent tout ou partie de leur peine sur le territoire luxembourgeois, lorsque la condamnation prononcée remplit les conditions prévues par le paragraphe (1) du présent article. Pour déterminer si la personne concernée a été condamnée pour une des infractions visées au paragraphe (1), les faits pour lesquels la condamnation a été prononcée sont pris en considération alors même que, d'après la loi luxembourgeoise et la loi de l'Etat de condamnation, l'infraction n'est pas qualifiée par une terminologie identique ou similaire et qu'il n'y a pas de concordance des éléments constitutifs des infractions dans les droits luxembourgeois et étranger.

(5) Les dispositions du présent article s'appliquent aux personnes dont la condamnation est devenue définitive après le [...].

Art. 48-8. (1) Lors de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN, **un procès-verbal doit être dressé indiquant:**

1. le lieu, la date et l'heure auxquels **ces opérations ont eu lieu;**
2. **l'identité et les qualités de la personne qui y a procédé;**
3. **les conditions dans lesquelles le prélèvement ou la découverte ont été effectués;**
4. **les conditions dans lesquelles les cellules humaines ont été conservées;**
5. **la référence du dossier correspondant de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire en cause.**

(2) **Dans le contexte du prélèvement, le procès-verbal doit en outre fournir des informations concernant:**

1. **l'accord ou le refus de la personne concernée, respectivement de son représentant légal, de s'y soumettre;**
2. **les nom, prénoms, date et lieu de naissance et sexe de la personne concernée;**
3. **dans le cadre de l'application de l'article 48-7, la référence à la condamnation pénale en cause ainsi qu'à la décision du procureur général d'Etat de procéder au prélèvement.**

(3) Le procès-verbal en rapport avec une opération de prélèvement ou une découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN est à dresser par un officier de police judiciaire.

Art. 48-9. (1) Les dispositions des articles 48-3 à 48-8 sont à observer sous peine de nullité.

(2) Les dispositions des articles **48-2** et 126 à 126-2 sont respectivement applicables aux demandes en nullité des actes posés en application des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 suivant que l'acte en cause a été posé dans le cadre d'enquête préliminaire ou dans le cadre d'une instruction préparatoire.“

2. L'article 39 paragraphe (4) du Code d'instruction criminelle est modifié comme suit:

„(4) Le procureur d'Etat peut ordonner les opérations nécessaires à l'identification de la personne retenue et notamment la prise d'empreintes digitales et de photographies, ainsi que le prélèvement de cellules humaines aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN, conformément aux articles 48-3 à 48-6 et 48-8.“

3. L'article 40 du Code d'instruction criminelle est complété par une 2ème phrase rédigée comme suit:

„Toutefois, le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique **aux fins** de l'établissement d'un profil **d'ADN** ne peut être effectué que **si les faits emportent une peine criminelle ou correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.**“

4. Les paragraphes (2) et (4) de l'article 44 du Code d'instruction criminelle sont complétés respectivement par les phrases suivantes:

„(2) (...) Le procureur d'Etat ordonne toutes les mesures nécessaires aux fins de l'identification du cadavre. A cette fin, les dispositions prévues aux articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8 sont applicables.

(4) (...) Dans ce cas, le juge d'instruction pourra procéder conformément aux articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8.“

5. Le paragraphe (6) de l'article 45 du Code d'instruction criminelle est complété par un 4ème alinéa, rédigé comme suit:

„Dans les cas prévus à l'alinéa 2 du présent paragraphe, le procureur d'Etat peut également ordonner qu'il soit procédé au prélèvement de cellules humaines afin d'établir un profil d'ADN, sous condition que cette mesure soit impérativement nécessaire à l'établissement de l'identité de la personne interpellée. Les dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 sont alors applicables.“

6. Il est inséré au Code d'instruction criminelle un article 47-1 rédigé comme suit:

„**Art. 47-1.** (1) Sur ordre du procureur d'Etat, l'officier de police judiciaire peut demander à toute personne son accord écrit et préalable pour effectuer sur sa personne un prélèvement de cellules humaines aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN de comparaison. En cas d'accord de la personne concernée, il est procédé conformément aux articles 48-3 à 48-6 et 48-8.

(2) Sur ordre du procureur d'Etat et avec l'accord de la personne chez laquelle l'opération a lieu, l'officier de police judiciaire peut également, dans les formes prévues à l'article 33, procéder à la saisie de cellules humaines découvertes. Les dispositions des articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8 sont alors applicables.“

7. A l'article 51 du Code d'instruction criminelle, il est inséré après le paragraphe (1) le paragraphe (2) suivant, le paragraphe (2) actuel devenant ainsi le paragraphe (3):

„(2) Le juge d'instruction peut également procéder, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, conformément aux dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8.“

Chapitre V. – Dispositions finales

Art. 18. La présente loi entre en vigueur le [...].

Art. 19. La référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale“.

Service Central des Imprimés de l'Etat

5356/05

N° 5356⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(14.2.2006)

Sur la base de l'article 19(2) de sa loi organique du 12 juillet 1996, le Conseil d'Etat fut saisi, le 31 janvier 2006, par le Président de la Chambre des députés d'une série d'amendements adoptés par la Commission juridique dans sa réunion du 25 janvier 2006.

Il s'en dégage que la commission a fait siennes la plupart des propositions de texte formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 23 décembre 2005 sur le projet de loi en cause. Quant aux amendements parlementaires proprement dits, le Conseil d'Etat limite ses observations aux points suivants:

1°) Amendement No 1 portant sur l'article 4, paragraphe (4)

Dans son avis sur le projet initial, le Conseil d'Etat avait, en ordre principal, proposé de compléter l'article 4 – dans sa version à lui – par un paragraphe (4) de la teneur que voici:

„(4) Peut seul être désigné comme expert au sens du présent article une personne titulaire d'un diplôme de docteur en médecine, de docteur en sciences pharmaceutiques, de docteur en sciences, de docteur en biotechnologie ou de docteur en bio-ingénierie, d'une part, et qui dispose d'une expérience pratique d'au moins trois ans en matière d'analyse ADN, d'établissement et de comparaison de profils ADN, d'autre part.

L'expert doit être affecté à un laboratoire disposant d'un service organisé sur une base permanente pour recevoir les traces de cellules.“

En découlent des conditions tant de qualification et d'expérience dans le chef de l'expert désigné, que de qualité au niveau du laboratoire auquel la personne physique en cause se trouve affectée. La commission parlementaire, tout en se ralliant au texte précité, propose de le compléter par un alinéa final conçu en ces termes:

„Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si le laboratoire a reçu l'agrément de son pays.“

Selon son commentaire, par cet ajout, tant la qualification de l'expert que l'agrément du laboratoire chargés des opérations relatives à l'analyse seraient assurés. Force est cependant de relever que le texte proposé ne le dit pas de façon univoque! Par ailleurs, peut-on vraiment admettre que l'agrément à l'étranger d'un laboratoire implique nécessairement la qualification comme expert de l'ensemble du personnel y employé? Tout au plus serait-il acceptable qu'un laboratoire agréé dans son Etat d'établissement soit censé disposer „d'un service organisé sur une base permanente pour recevoir les traces de cellules“.

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat plaide principalement en faveur de l'abandon de l'amendement en rapport avec le nouvel alinéa 3 du paragraphe (4) de l'article 4.

En ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat propose le libellé suivant:

„Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si l'expert et le laboratoire ont reçu l'agrément dans un Etat membre de l'Union européenne.“

2°) *Amendements Nos 2 et 3 concernant les articles 5 et 8*

Ils sont en phase avec l'article 2, lettre (s) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel qui définit la notion de „traitement“, et recueillent l'approbation du Conseil d'Etat.

3°) *Amendement No 7 en relation avec l'article 17*

- Cet amendement vise d'abord l'article 40 du Code d'instruction criminelle dont la deuxième phrase serait à compléter par les adjectifs „criminelle ou correctionnelle“ pour finalement s'énoncer ainsi:

„Toutefois, le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN ne peut être effectué que si les faits emportent une peine criminelle ou correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.“

Cet ajout est quelque peu déconcertant lorsqu'on le situe dans son contexte.

Au regard des articles 7, 8, 14 et 15 du Code pénal, il est en effet clair que seul un délit peut conduire à l'emprisonnement, en matière criminelle la réclusion étant la seule peine privative de liberté prévue. Il en découle que la formulation en l'espèce retenue – „peine criminelle ou correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement“ – n'est pas des plus heureuses.

Aussi le Conseil d'Etat, en s'inspirant de l'article 94 du Code d'instruction criminelle, propose-t-il de libeller comme suit la deuxième phrase de l'article 40 du même code:

„Toutefois, le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN ne peut être effectué que si les faits emportent une peine criminelle ou une *peine* correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.“

- Dans la ligne des observations qui précèdent, le Conseil d'Etat suggère, contrairement à la commission parlementaire, de maintenir le terme „peine“ dans le cadre de l'article 48-5, paragraphe (3) du Code d'instruction criminelle (Cf. amendement No 7 sous b).

Du point de vue légistique, le Conseil d'Etat propose d'intervir les dispositions finales des articles 18 et 19, ce dernier devant comporter la date d'entrée en vigueur plutôt que l'indication de la citation abrégée de la loi en perspective. Il rappelle ensuite que le Chapitre IV du texte en cause devrait s'énoncer „Disposition ...“, au singulier, alors qu'il ne comprend qu'un seul article 17 modifiant et complétant le Code d'instruction criminelle. Enfin, le Conseil d'Etat suggère encore de redresser une faute d'inadvertance en écrivant sous l'article 48-8, paragraphe (1), point 3 „effectués“, au lieu d'„effectues“.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 14 février 2006.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

5356/06

N° 5356⁶

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI

**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Amendements adoptés par la Commission juridique</i>	
1) Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat (27.3.2006).....	1
2) Texte coordonné.....	2

*

**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(27.3.2006)

Monsieur le Président,

Me référant à l'article 19 (2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, j'ai l'honneur de vous faire parvenir un amendement supplémentaire au projet de loi mentionné sous rubrique que la Commission juridique a adopté dans sa réunion du 22 mars 2006.

Je joins, à toutes fins utiles, en annexe un nouveau texte coordonné du projet de loi mentionné sous rubrique. La commission a fait siennes plusieurs propositions de texte formulées par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 14 février 2006. Ces textes repris figurent en caractères gras. Par ailleurs, le texte comporte un amendement parlementaire, figurant en caractères soulignés.

Amendement à l'article 4, paragraphe (4), alinéa 3

La commission propose d'ajouter in fine l'alinéa suivant:

„Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si l'expert ou le laboratoire ont reçu l'agrément dans un **Etat membre de l'Union européenne**“.

Commentaire

Le libellé tel que proposé par la Commission juridique prévoit que la condition d'agrément doit être remplie dans le chef de l'expert, soit dans celui du laboratoire. Ce texte reprend ainsi les solutions telles que retenues respectivement par le législateur belge et français.

En Belgique, l'arrêté royal modifié du 4 février 2002 pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale dispose que le laboratoire doit avoir parmi son personnel un expert pour obtenir l'agrément nécessaire.

La législation française, à savoir le décret modifié du 6 février 1997 relatif aux conditions d'agrément des personnes habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire, dispose par contre que l'expert doit avoir à sa disposition un laboratoire pour être agréé.

*

Etant donné que l'évacuation du projet de loi revêt un certain caractère d'urgence, je vous saurais gré de bien vouloir m'envoyer l'avis du Conseil d'Etat sur l'amendement exposé ci-dessus dans les meilleurs délais.

J'envoie copie de la présente, pour information, au Ministre de la Justice et à la Secrétaire d'Etat aux Relations avec le Parlement.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Le Président de la Chambre des Députés,
Lucien Weiler

*

TEXTE COORDONNE

Chapitre I. – *Objet*

Art. 1er.– La présente loi règle le recours aux empreintes génétiques en vue de l'identification d'une personne, dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en matière pénale.

Le traitement de ces données est soumis aux prescriptions des articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (1) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Chapitre II. – *De l'établissement des empreintes génétiques*

Art. 2.– L'établissement d'un code alphanumérique sur la base de l'analyse de plusieurs marqueurs d'acide désoxyribonucléique (ci-après „profil d'ADN“), effectuée à partir de cellules humaines découvertes ou prélevées conformément aux articles 48-3 à 48-8 du Code d'instruction criminelle, ainsi que le traitement des données à caractère personnel y afférentes doivent être opérés conformément aux dispositions de la présente loi.

Art. 3.– (1) Les profils d'ADN sont établis, après l'amplification de l'ADN de cellules humaines par l'application de la réaction polymérase en chaîne, sur base de sept marqueurs d'ADN au moins.

(2) A titre de test complémentaire, l'ADN mitochondrial peut également être établi comme méthode comparative.

(3) Un règlement grand-ducal détermine les marqueurs visés au paragraphe (1) qui sont utilisés, outre les marqueurs des chromosomes X et Y.

Art. 4.– (1) Avant de procéder à l'établissement du profil d'ADN proprement dit conformément aux articles 1 et 2, l'expert chargé procède à une description des cellules et à des tests d'orientation préalables pour déterminer la nature et l'origine du matériel biologique.

(2) L'expert compare le profil d'ADN des cellules prélevées avec celui des cellules découvertes. Il adresse à ce sujet un rapport motivé au procureur d'Etat ou au juge d'instruction ayant ordonné l'analyse d'ADN. Ce rapport contient, outre les données contenues dans le procès-verbal de prélèvement, la description détaillée des échantillons, les autres tests qui ont éventuellement été effectués, les résultats de l'analyse d'ADN, le résultat de la comparaison des profils d'ADN, une interprétation de la signification de la comparaison et une probabilité statistique qui indique dans quelle mesure l'identification positive diffère d'une correspondance fortuite.

(3) Dans l'hypothèse où aucun résultat n'a été obtenu pour les cellules prélevées ou si le profil d'ADN ne fournit pas assez d'informations pour pouvoir procéder à une comparaison, l'expert informe le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné l'analyse d'ADN des autres techniques qui pourraient être utilisées pour néanmoins pouvoir effectuer éventuellement une comparaison.

(4) Peut seul être désigné comme expert au sens du présent article une personne titulaire d'un diplôme de docteur en médecine, de docteur en sciences pharmaceutiques, de docteur en sciences, de docteur en biotechnologie ou de docteur en bio-ingénierie, d'une part, et qui dispose d'une expérience pratique d'au moins trois ans en matière d'analyse d'ADN, d'établissement et de comparaison de profils d'ADN, d'autre part.

L'expert doit être affecté à un laboratoire disposant d'un service organisé sur une base permanente pour recevoir les traces de cellules.

Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si l'expert ou le laboratoire ont reçu l'agrément dans un **Etat membre de l'Union européenne**.

Chapitre III. – Du traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques

Section I. – Du traitement ADN criminalistique

Art. 5.– Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN criminalistique“ l'insertion dans un fichier de profils ADN obtenus dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, conformément aux dispositions du code d'instruction criminelle, leur modification, consultation, comparaison, conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du code d'instruction criminelle.

Art. 6.– (1) Le traitement d'un profil d'ADN consistant dans l'insertion de ce profil, ou des données y relatives telles que visées à l'article 13, dans le traitement ADN criminalistique est effectué sur décision du procureur d'Etat ou du juge d'instruction ayant ordonné l'établissement du profil d'ADN en cause dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire dont il est saisi.

(2) L'insertion dans le traitement ADN criminalistique d'un profil d'ADN établi sur base de cellules humaines découvertes au sens de l'article 48-4 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, ou d'informations y relatives telles que visées à l'article 13, est effectuée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction, ou par un officier de police judiciaire agissant sur instruction d'un de ces magistrats.

(3) L'insertion dans le traitement ADN criminalistique d'un profil d'ADN établi sur base de cellules humaines prélevées sur une personne déterminée, volontairement ou sous contrainte physique, est effectuée lorsque la comparaison visée à l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle a été positive. Si le profil d'ADN en cause fait déjà l'objet du traitement ADN criminalistique, les informations y relatives telles que visées à l'article 13 y sont ajoutées.

En cas de comparaison négative, le profil d'ADN n'est pas inséré au traitement ADN criminalistique.

Art. 7.– (1) Un profil d'ADN ayant pu être attribué à une personne déterminée ainsi que les informations y relatives peuvent faire l'objet du traitement ADN criminalistique jusqu'au jour où:

1. la personne à laquelle il se rapporte a été acquittée, par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée, pour les faits ayant donné lieu à l'établissement de son profil d'ADN, ou
2. les faits ayant donné lieu à l'établissement du profil d'ADN en cause sont prescrits, ou
3. un délai de 10 ans s'est écoulé après le décès de cette personne.

(2) Toutefois, nonobstant le paragraphe précédent, les informations y visées peuvent néanmoins être maintenues au traitement ADN criminalistique si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une comparaison positive en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire qui justifient le maintien de ces informations au traitement ADN criminalistique.

(3) En cas de condamnation, coulée en force de chose jugée, d'une personne à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde, les données relatives au profil d'ADN de cette personne font l'objet du traitement ADN condamnés visé à la section II.

(4) Le profil d'ADN qui n'a pas pu être attribué à une personne déterminée ne peut plus faire l'objet d'un traitement ADN criminalistique 30 ans après son établissement.

(5) Tout traitement des données faisant l'objet du traitement ADN criminalistique autre que l'insertion, la consultation, la comparaison ou l'ajout d'une des informations visées à l'article 13 doit faire l'objet d'une autorisation du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Section II. – Du traitement ADN condamnés

Art. 8.– (1) Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN condamnés“ l'insertion dans un fichier de profils ADN de personnes condamnées, conformément aux dispositions du code d'instruction criminelle, leur modification, consultation, comparaison, conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du code d'instruction criminelle.

(2) Sans préjudice de l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, ne peuvent faire l'objet du traitement ADN condamnés que:

1. les profils d'ADN faisant partie du traitement ADN criminalistique qui ont pu être attribués à une personne déterminée ayant fait l'objet d'une condamnation définitive à une peine d'emprisonnement ou une peine plus lourde, et
2. les profils d'ADN établis en exécution de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle.

(3) Les profils d'ADN visés au paragraphe précédent sont insérés au traitement ADN condamnés sur décision du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Art. 9.– (1) Les profils d'ADN faisant l'objet du traitement ADN condamnés ne sont accessibles à des fins de consultation et de comparaison qu'au procureur d'Etat et au juge d'instruction saisis d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire dans le cadre de laquelle un profil d'ADN a été établi, ainsi qu'aux experts dans l'intérêt des missions leur confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

(2) Tout traitement des données faisant l'objet du traitement ADN condamnés autre que la consultation ou la comparaison doit faire l'objet d'une autorisation préalable du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Art. 10.– Un profil d'ADN, ainsi que les données à caractère personnel y afférentes, ne peuvent plus faire l'objet du traitement ADN condamnés 10 ans après le décès de la personne à laquelle ces informations se rapportent.

Art. 11.– (1) Les dispositions des articles 14, 6, paragraphes (1) et (3), 7, paragraphes (1) à (4), 8, paragraphe (2), 9 paragraphe (1) et 10 sont à observer sous peine de nullité.

(2) Les dispositions des articles 48-2 et 126 à 126-2 du Code d'instruction criminelle sont respectivement applicables aux demandes en nullité des actes posés en application des articles 2 à 10 et 13 à 16 de la présente loi, suivant que l'acte en cause a été posé dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire.

Art. 12.– (1) En dehors des hypothèses visées par l'article 11, la personne concernée peut, par simple requête, présenter une demande en nullité d'un acte posé par le procureur général d'Etat en exécution de la présente loi à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de son domicile ou du lieu de sa résidence habituelle ou, à défaut, du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Cette requête doit être déposée, sous peine de forclusion, dans un délai de dix jours à partir de la connaissance de l'acte par le requérant. La requête est communiquée au procureur général d'Etat par la voie du greffe qui avise les parties du jour, de l'heure et du lieu de l'audience au moins huit jours à l'avance par lettre recommandée. La personne concernée, son conseil et le ministère public ont seuls le droit d'y assister et de fournir tels mémoires et de faire telles réquisitions, verbales ou écrites, qu'ils jugent convenables. La chambre du conseil statue sur la demande par un jugement qui est susceptible d'appel et d'un recours en cassation.

(2) L'appel est porté devant la chambre du conseil de la cour d'appel. Il est consigné sur un registre tenu à cet effet au greffe du tribunal d'arrondissement dont relève la chambre du conseil. Il doit être formé dans un délai de cinq jours, qui court contre le ministère public à compter du jour de l'ordonnance et contre la personne concernée à compter du jour de la notification de l'ordonnance. Le greffier avertit la partie intimée de la déclaration d'appel dans les vingt-quatre heures de la consignation sur le registre.

(3) La personne concernée, son conseil et le procureur général d'Etat, qui sont avertis par le greffier au moins huit jours à l'avance du jour, de l'heure et du lieu de l'audience, ont seuls le droit d'y assister et de fournir tels mémoires et de faire telles réquisitions, verbales ou écrites, qu'ils jugent convenables.

(4) Les formalités du présent article sont à observer à peine de nullité, sauf si la personne concernée ou son conseil y a renoncé. Les notifications et avertissements visés au présent article se font dans les formes prévues pour les notifications en matière répressive. Un recours en cassation est ouvert selon les modalités prévues par la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

(5) La demande en nullité visée au présent article est irrecevable lorsque le ou les actes argués de nullité ont été posés par ou sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans un des cas prévus à l'article 48-3 paragraphe (1) du Code d'instruction criminelle.

*Section III. – Dispositions communes aux traitements ADN criminalistique
et ADN condamnés*

Art. 13.– (1) Les profils d'ADN visés par la présente loi peuvent seulement être traités avec les informations suivantes:

1. le nom complet, la date de naissance et le sexe de la personne sur laquelle les cellules ont été prélevées ou, en cas de cellules humaines découvertes, le lieu exact, la date et l'heure auxquels les cellules humaines ont été découvertes;
2. la référence du dossier de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans le cadre de laquelle le prélèvement a été effectué ou les cellules humaines découvertes;
3. le numéro attribué à l'échantillon de cellules humaines lors de sa remise à l'expert;
4. la désignation exacte du laboratoire et l'identité de l'expert ayant procédé à l'établissement du profil d'ADN;
5. le nom du magistrat ayant ordonné le prélèvement;
6. les faits pour lesquels l'établissement du profil d'ADN a été ordonné;
7. la ou les qualités en vertu desquelles le profil d'ADN d'une personne déterminée a été établi ainsi que, le cas échéant, les dates lors desquelles ces qualités ont changé;
8. les informations relatives aux comparaisons positives qui ont été faites entre le profil d'ADN en cause et d'autres profils d'ADN;
9. pour autant que le traitement ADN condamnés est concerné, la juridiction, la date, les peines et les faits pour lesquels une condamnation a été prononcée;
10. les informations visées à l'article 14.

(2) Un profil d'ADN établi est à considérer comme donnée à caractère personnel, au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, à partir du moment où le code alphanumérique de l'analyse d'ADN a été associé à une information relative à la personne physique en cause permettant de l'identifier.

Art. 14.– (1) Lors de chaque consultation d'un profil d'ADN, de chaque comparaison entre plusieurs profils d'ADN ou de chaque modification des données relatives à un profil d'ADN, les informations suivantes doivent être enregistrées:

1. les nom et prénoms de la personne physique ayant procédé à l'opération en cause;
2. la date et l'heure de l'opération;

3. la référence du dossier de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans le cadre de laquelle l'opération a été effectuée.

(2) La consultation de données d'ADN gérées par des Etats, organisations ou institutions internationales s'effectue dans le respect du paragraphe (1) du présent article.

Art. 15.- (1) Les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés sont effectués sous la responsabilité du procureur général d'Etat; il peut déléguer l'exercice de ses attributions à un magistrat du parquet général.

(2) Les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés ne peuvent faire l'objet d'aucune interconnexion, entre eux ou avec d'autres traitements de données à caractère personnel, autre que celles prévues par la présente loi.

Art. 16.- La communication des données des traitements ADN criminalistique et ADN condamnés est autorisée:

1. aux autorités judiciaires nationales pour tout ce qui est de leur compétence;
2. aux experts dans l'intérêt des missions leur confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans le cadre des enquêtes préliminaires et instructions préparatoires dont ces magistrats sont saisis;
3. à d'autres Etats, organisations ou institutions internationales, en application de dispositions de droit international.

Chapitre IV. – Disposition complétant et modifiant le Code d'instruction criminelle

Art. 17.- Le Code d'instruction criminelle est respectivement modifié et complété comme suit:

1. Il est inséré au titre II du livre I du Code d'instruction criminelle un chapitre V rédigé comme suit:

„Chapitre V. – Des procédures d'identification par empreintes génétiques

Art. 48-3.- (1) Un profil d'acide désoxyribonucléique (ci-après „ADN“) d'une personne ne peut être établi qu'en vue de la comparaison de ce profil avec d'autres profils d'ADN aux fins de pouvoir identifier des personnes concernées par une des hypothèses prévues aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6), 47-1 et 51 paragraphe (2), ainsi qu'aux fins de l'application de l'article 48-7. Dans tous les cas, les profils d'ADN ne peuvent être établis que sur base de segments d'ADN non codants.

(2) Le procureur d'Etat, conformément aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphe (2), 45 paragraphe (6) et 47-1, et le juge d'instruction, conformément aux articles 44 paragraphe (4) et 51 paragraphe (2), peuvent ordonner qu'il soit procédé à un prélèvement de cellules humaines sur une personne aux fins de l'établissement d'un profil ADN de comparaison.

(3) Sauf dans les hypothèses prévues par les articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6) et 48-7, le prélèvement de cellules humaines ne peut être ordonné que si des cellules humaines ont été découvertes et recueillies dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dont le procureur d'Etat ou le juge d'instruction est saisi.

Art. 48-4.- (1) Le prélèvement de cellules humaines nécessaire à l'établissement du profil d'ADN s'obtient par frottis buccal, collecte de bulbes pileux ou par une prise de sang. Les deux premiers prélèvements ne peuvent être exécutés que par un officier de police judiciaire alors que la prise de sang ne peut être pratiquée que par un médecin agissant en présence d'un officier de police judiciaire.

(2) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction peuvent également ordonner qu'il soit procédé à l'établissement d'un profil d'ADN sur la base de cellules humaines qui ont été découvertes et recueillies dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dont ils sont saisis. Les profils d'ADN ainsi établis font l'objet des traitements prévus à l'article 48-6 paragraphes (1) à (3) et à l'article 6 paragraphe (2) de la loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

Art. 48-5.– (1) La personne à l'égard de laquelle un prélèvement de cellules humaines a été ordonné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction est informée de cette décision. En cas d'accord de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines, elle doit être informée, préalablement au prélèvement, des circonstances des faits faisant l'objet de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire et notamment du fait qu'elle a le choix entre les trois modalités de prélèvement visées à l'article 48-4, paragraphe (1) et que le profil d'ADN établi sur base du prélèvement effectué sur sa personne fera l'objet des traitements visés à l'article 48-6, paragraphes (1) à (3) du présent Code ainsi qu'aux articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (2) de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

(2) Il est fait mention des informations visées au paragraphe précédent dans l'accord écrit de la personne concernée. Si celle-ci n'a pas encore atteint l'âge de 14 ans révolus, l'accord devra être donné par son représentant légal.

(3) En l'absence d'accord de la personne concernée, le prélèvement peut être exercé sous la contrainte physique si cette personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et si ces faits emportent une peine criminelle ou **peine** correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. La contrainte physique est exclue pour la prise de sang. Le refus de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines sera consigné au procès-verbal visé à l'article 48-8.

Art. 48-6.– (1) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction désignent un expert qualifié au sens de l'article 4, paragraphe (4) de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale pour établir le profil d'ADN des cellules humaines prélevées.

(2) Le profil d'ADN ainsi établi peut être comparé:

1. avec les autres profils d'ADN dressés dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans laquelle le profil d'ADN en cause a été établi, et
2. avec les profils d'ADN des personnes dont le profil a été établi en application des articles 48-3 à 48-5 et qui font l'objet du traitement ADN criminalistique visé par la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale, et
3. avec les profils d'ADN qui font l'objet du traitement ADN condamnés visé par la même loi.

(3) Dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les traitements de données consistant dans la consultation et la comparaison des profils d'ADN sont effectués par le procureur d'Etat ou par le juge d'instruction saisis par une enquête préliminaire ou une instruction préparatoire dans le cadre de laquelle l'établissement d'un profil d'ADN paraît justifié ou a été effectué, ainsi que, sous la responsabilité de ces magistrats, par les experts dans l'intérêt des missions leur confiées et par les officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

(4) Lorsque des cellules humaines ont été prélevées sur une personne déterminée en vue de l'établissement d'un profil d'ADN, volontairement ou sous contrainte physique, le résultat de la comparaison visée au paragraphe précédent est communiqué à l'intéressé endéans les deux mois après que le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné la comparaison en a pris connaissance. Cette communication est effectuée soit par lettre recommandée à la poste, soit verbalement par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné la comparaison, ou par un officier de police judiciaire agissant sur instruction d'un de ces magistrats. La communication verbale du résultat doit faire l'objet d'un procès-verbal ou d'un acte d'instruction. Sur décision motivée du procureur d'Etat ou du juge d'instruction ayant ordonné la comparaison en cause, le délai de communication du résultat peut être porté à un an si les intérêts de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire l'exigent. L'intéressé a le droit, endéans un délai de 10 jours à partir de la communication, de demander au procureur d'Etat ou au juge d'instruction l'établissement d'un profil d'ADN par un deuxième expert à désigner conformément aux dispositions du paragraphe 1er.

Art. 48-7.– (1) Il sera procédé, au besoin sous contrainte physique, à un prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement d'un profil d'ADN sur chaque personne qui a été condamnée par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde pour:

1. les infractions d'attentats et de complots visant la personne du Grand-Duc, la famille grand-ducale, la forme du Gouvernement ainsi que la sûreté extérieure et intérieure du Grand-Duché de Luxembourg, prévues aux articles 101 à 133 du Code pénal;

2. les infractions de terrorisme prévues aux articles 135-1 à 135-6 du Code pénal;
3. les infractions de torture prévues aux articles 260-1 à 260-4 du Code pénal;
4. les infractions d'association de malfaiteurs et de participation à une organisation criminelle prévues aux articles 322 à 325 du Code pénal;
5. les infractions d'enlèvement de mineurs prévues aux articles 364 à 371-1 du Code pénal;
6. les infractions d'attentat à la pudeur et de viol prévues aux articles 372 à 378 du Code pénal;
7. les infractions relatives à la prostitution, à l'exploitation et à la traite des êtres humains prévues aux articles 379 et 379bis du Code pénal;
8. l'infraction sexuelle en relation avec des mineurs prévue à l'article 384 du Code pénal;
9. les infractions de meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement, homicide volontaire non qualifié de meurtre, et de coups et blessures volontaires prévues aux articles 393 à 409 du Code pénal;
10. les infractions d'attentat à la liberté individuelle prévues aux articles 434 à 438 du Code pénal;
11. l'infraction de prise d'otages prévue à l'article 442-1 du Code pénal;
12. les infractions de vol et d'extorsion prévues aux articles 467 à 476 du Code pénal;
13. les infractions relatives aux incendies volontaires prévues aux articles 510 à 520 du Code pénal;
14. les infractions prévues par la loi du 8 août 1985 portant répression du génocide.

(2) La décision de placement prononcée conformément à l'article 71 du Code pénal pour une des infractions visées au paragraphe (1) est assimilée, pour les besoins de l'application du présent article, à une condamnation pour cette infraction.

(3) L'établissement des profils d'ADN en exécution du présent article est effectué sous l'autorité du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué à cette fin, conformément aux articles 48-3 paragraphe (1), 48-4 paragraphe (1), 48-5, 48-6 paragraphe (1) et 48-8 paragraphe (1), ainsi qu'aux articles 2 à 4 de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

(4) Les dispositions du présent article s'appliquent également aux personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère et qui purgent tout ou partie de leur peine sur le territoire luxembourgeois, lorsque la condamnation prononcée remplit les conditions prévues par le paragraphe (1) du présent article. Pour déterminer si la personne concernée a été condamnée pour une des infractions visées au paragraphe (1), les faits pour lesquels la condamnation a été prononcée sont pris en considération alors même que, d'après la loi luxembourgeoise et la loi de l'Etat de condamnation, l'infraction n'est pas qualifiée par une terminologie identique ou similaire et qu'il n'y a pas de concordance des éléments constitutifs des infractions dans les droits luxembourgeois et étranger.

(5) Les dispositions du présent article s'appliquent aux personnes dont la condamnation est devenue définitive après le [...].

Art. 48-8.- (1) Lors de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN, un procès-verbal doit être dressé indiquant:

1. le lieu, la date et l'heure auxquels ces opérations ont eu lieu;
2. l'identité et les qualités de la personne qui y a procédé;
3. les conditions dans lesquelles le prélèvement ou la découverte ont été effectués;
4. les conditions dans lesquelles les cellules humaines ont été conservées;
5. la référence du dossier correspondant de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire en cause.

(2) Dans le contexte du prélèvement, le procès-verbal doit en outre fournir des informations concernant:

1. l'accord ou le refus de la personne concernée, respectivement de son représentant légal, de s'y soumettre;
2. les nom, prénoms, date et lieu de naissance et sexe de la personne concernée;

3. dans le cadre de l'application de l'article 48-7, la référence à la condamnation pénale en cause ainsi qu'à la décision du procureur général d'Etat de procéder au prélèvement.

(3) Le procès-verbal en rapport avec une opération de prélèvement ou une découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN est à dresser par un officier de police judiciaire.

Art. 48-9.– (1) Les dispositions des articles 48-3 à 48-8 sont à observer sous peine de nullité.

(2) Les dispositions des articles 48-2 et 126 à 126-2 sont respectivement applicables aux demandes en nullité des actes posés en application des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 suivant que l'acte en cause a été posé dans le cadre d'enquête préliminaire ou dans le cadre d'une instruction préparatoire.“

2. L'article 39 paragraphe (4) du Code d'instruction criminelle est modifié comme suit:

„(4) Le procureur d'Etat peut ordonner les opérations nécessaires à l'identification de la personne retenue et notamment la prise d'empreintes digitales et de photographies, ainsi que le prélèvement de cellules humaines aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN, conformément aux articles 48-3 à 48-6 et 48-8.“

3. L'article 40 du Code d'instruction criminelle est complété par une 2ème phrase rédigée comme suit:

„Toutefois, le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN ne peut être effectué que si les faits emportent une peine criminelle ou **une peine** correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.“

4. Les paragraphes (2) et (4) de l'article 44 du Code d'instruction criminelle sont complétés respectivement par les phrases suivantes:

„(2) (...) Le procureur d'Etat ordonne toutes les mesures nécessaires aux fins de l'identification du cadavre. A cette fin, les dispositions prévues aux articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8 sont applicables.

(4) (...) Dans ce cas, le juge d'instruction pourra procéder conformément aux articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8.“

5. Le paragraphe (6) de l'article 45 du Code d'instruction criminelle est complété par un 4ème alinéa, rédigé comme suit:

„Dans les cas prévus à l'alinéa 2 du présent paragraphe, le procureur d'Etat peut également ordonner qu'il soit procédé au prélèvement de cellules humaines afin d'établir un profil d'ADN, sous condition que cette mesure soit impérativement nécessaire à l'établissement de l'identité de la personne interpellée. Les dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 sont alors applicables.“

6. Il est inséré au Code d'instruction criminelle un article 47-1 rédigé comme suit:

„Art. 47-1.– (1) Sur ordre du procureur d'Etat, l'officier de police judiciaire peut demander à toute personne son accord écrit et préalable pour effectuer sur sa personne un prélèvement de cellules humaines aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN de comparaison. En cas d'accord de la personne concernée, il est procédé conformément aux articles 48-3 à 48-6 et 48-8.

(2) Sur ordre du procureur d'Etat et avec l'accord de la personne chez laquelle l'opération a lieu, l'officier de police judiciaire peut également, dans les formes prévues à l'article 33, procéder à la saisie de cellules humaines découvertes. Les dispositions des articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8 sont alors applicables.“

7. A l'article 51 du Code d'instruction criminelle, il est inséré après le paragraphe (1) le paragraphe (2) suivant, le paragraphe (2) actuel devenant ainsi le paragraphe (3):

„(2) Le juge d'instruction peut également procéder, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, conformément aux dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8.“

Chapitre V. – Dispositions finales

Art. 18.– La référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale“.

Art. 19.– La présente loi entre en vigueur le [...].

Service Central des Imprimés de l'Etat

5356 - Dossier consolidé : 120

5356/07

N° 5356⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

DEUXIEME AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(2.5.2006)

En se référant à l'article 19(2) de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat, le Président de la Chambre des députés, par dépêche du 27 mars 2006, soumit à l'avis du Conseil d'Etat un amendement à l'article 4 du projet de loi sous rubrique, adopté par la Commission juridique dans sa réunion du 22 mars 2006.

Dans son avis complémentaire du 14 février 2006, le Conseil d'Etat avait proposé, dans un ordre subsidiaire, de reformuler comme suit le nouvel alinéa 3 que l'amendement numéro 1 à lui soumis entendait ajouter au paragraphe 4 dudit article 4:

„Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si l'expert et le laboratoire ont reçu l'agrément dans un Etat membre de l'Union européenne.“

Dans sa réunion du 22 mars 2006, la Commission parlementaire s'est ralliée au texte précité, sauf à proposer de remplacer la conjonction cumulative „et“ par le mot „ou“ traduisant en l'occurrence une condition alternative à remplir soit par l'expert soit par le laboratoire. Cette approche risque de mettre en péril la cohérence intrinsèque de la solution que tend à consacrer dans l'ensemble le paragraphe 4 de l'article 4 en cause.

Comme le Conseil d'Etat a eu l'occasion de le souligner dans son avis complémentaire précité, les deux premiers alinéas dudit paragraphe prescrivent des conditions tant de qualification et d'expérience dans le chef de l'expert désigné, que de qualité au niveau du laboratoire auquel la personne physique en cause se trouve affectée. Il s'agit en l'espèce de conditions qui doivent être remplies cumulativement. Comme le commentaire le précise, l'amendement sous examen admet par contre que, pour ce qui est de l'hypothèse visée, „la condition d'agrément doit être remplie dans le chef de l'expert, soit dans celui du laboratoire“. Dans le cas de figure en cause, une condition alternative remplacerait donc la double condition découlant de la lecture combinée des deux premiers alinéas du paragraphe 4 de l'article 4.

Au regard du risque de confusion découlant de cette démarche différenciée, le Conseil d'Etat ne saurait approuver l'amendement proposé.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 2 mai 2006.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

Service Central des Imprimés de l'Etat

5356/08

N° 5356⁸**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION JURIDIQUE

(31.5.2006)

La Commission se compose de: M. Patrick SANTER, Président; Mme Christine DOERNER, Rapportrice; MM. Xavier BETTEL, Alex BODRY, Felix BRAZ, Mmes Lydie ERR, Colette FLESCH, MM. Jacques-Yves HENCKES, Jean-Pierre KLEIN, Paul-Henri MEYERS et Laurent MOSAR, Membres.

*

1. ANTECEDENTS

Le projet de loi 5356 sous rubrique fut déposé à la Chambre des Députés le 16 juin 2004 par Monsieur le Ministre de la Justice. Le texte était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

Il a fait l'objet d'avis de la part

- de la Commission Nationale pour la Protection des Données en date du 19 novembre 2004, et
- du Procureur général d'Etat en date du 14 janvier 2005.

Le projet de loi a été, en outre, avisé par le Conseil d'Etat le 23 décembre 2005, le 14 février 2006 et le 2 mai 2006.

Le texte du projet de loi sous rubrique a été présenté aux membres de la Commission juridique en date du 18 janvier 2006. Lors de cette même réunion, la Commission a désigné Madame Christine DOERNER comme rapportrice et elle a procédé à l'examen du projet de loi sous rubrique. La Commission juridique a poursuivi ses travaux le 25 janvier 2006. Lors de ces deux réunions, elle a adopté une première série d'amendements.

Le 22 mars 2006, la Commission juridique s'est réunie pour examiner l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 14 février 2006. Lors de cette réunion, elle a adopté encore un amendement au projet de loi sous rubrique.

Le 10 mai 2006, la Commission s'est réunie pour examiner le deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 2 mai 2006, ainsi que l'avis de la Commission nationale pour la protection des données du 8 octobre 2004. L'avis du Procureur général d'Etat du 14 janvier 2005 a été évoqué de cas en cas à l'occasion de l'examen des dispositions du projet de loi. Le présent rapport a été adopté par la Commission lors de sa réunion du 31 mai 2006.

*

2. CONSIDERATIONS GENERALES***Objet du projet de loi sous rubrique***

Le projet de loi sous rubrique vise à conférer une base légale adéquate à l'établissement de profils d'ADN et le traitement des données y relatives, conformément aux principes relatifs au traitement de

données à caractère personnel. Ce faisant, il renforce les moyens de lutte contre la criminalité y compris contre la criminalité transfrontalière et le terrorisme international.

Le projet de loi sous rubrique s'inscrit dans un contexte européen et international marqué par la volonté de réglementer l'utilisation des analyses ADN et de promouvoir l'échange des résultats de ces analyses afin d'intensifier la coopération transfrontalière en matière pénale. Le projet de loi 5514, actuellement pendant devant la Chambre des Députés et qui porte, entre autres, approbation du Traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, constitue un exemple patent de cette volonté. Les instruments juridiques européens et internationaux ayant pour but de mener une politique commune en matière criminelle et ayant trait à l'utilisation des profils d'ADN comme moyen de preuve sont nombreux. On peut encore citer:

- une Recommandation du Conseil de l'Europe du 10 février 1992 sur l'utilisation de l'ADN dans le cadre de la justice pénale, ou encore
- deux Résolutions du Conseil de l'Union européenne du 9 juin 1997 respectivement du 25 juin 2001 relatives à l'échange des résultats des analyses d'ADN.

L'urgence de légiférer en la matière apparaît dès lors clairement d'autant plus que le Luxembourg est un des seuls Etats membres de l'Union européenne à ne pas disposer d'un cadre juridique propre aux procédures d'identification au moyen de l'ADN en matière pénale.

Historique des moyens d'identification

La science entretient depuis longtemps des liens étroits avec la justice qui est à la recherche constante de „la preuve indéniable“ en matière pénale et plus particulièrement en matière d'agressions physiques.

Le système „anthropométrique“ élaboré à la fin du 19^e siècle par Alphonse Bertillon, considéré comme l'un des fondateurs de la police scientifique, fut l'une des plus notables applications de la science dans la reconnaissance des criminels. Ce système a consisté à collecter systématiquement dans un fichier les principales caractéristiques corporelles des individus ayant enfreint gravement la loi et à y ajouter des photographies prises tant de face que de profil. Cette dernière pratique est encore utilisée de nos jours par les polices du monde entier.

L'anthropométrie a été remplacée progressivement par un autre mode d'identification: les empreintes digitales. Le caractère unique des empreintes digitales contribue largement au succès, au demeurant durable, de ce système d'identification.

A la fin du XX^e siècle, quelque cent ans après la découverte du pouvoir des empreintes digitales comme moyen de preuve en matière pénale et leur classification, la science a mis à la disposition de la justice un nouvel outil reposant sur la nature du matériel héréditaire, la molécule d'ADN – abréviation utilisée pour désigner l'acide désoxyribonucléique. En effet, si la découverte du rôle de l'ADN comme élément constitutif essentiel du matériel héréditaire de l'être humain en 1944 a été révolutionnaire dans l'étude de certaines maladies humaines, dont les maladies génétiques, ou encore dans l'établissement des relations de parenté, elle a également bouleversé le monde de la justice.

La publication des recherches d'un jeune biologiste anglais A. Jeffreys dans une revue scientifique en 1985 marque l'essor de l'ingénierie génétique, dont les premiers pas remontent au milieu des années 60', et le début de recherches intensives sur la variabilité de l'ADN non codant chez l'homme.

Jeffreys et ses collaborateurs démontrèrent qu'une partie importante de l'ADN non codant du génome humain était sujet à variabilité individuelle. L'ADN se compose, en effet, de deux parties, dont la première, dite „codante“, représente environ entre 10% à 20% de la molécule. Cette partie rassemble les gènes qui sont le support de l'information génétique de l'individu et qui renseignent sur les caractéristiques morphologiques (e.a. race, taille etc.) de ce dernier, ainsi que sur son état de santé. La seconde partie, la partie „non codante“, dont on ne connaît toujours pas la fonction exacte, fait apparaître des zones génétiques variables, composées de segments d'ADN caractérisés par la répétition en tandem d'unités de base. La taille de ces fragments est propre à chaque individu, à l'exception des jumeaux monozygotes.

Le professeur Jeffreys mit au point une méthode de comparaison de l'ADN. Ses travaux suscitèrent un très grand intérêt en raison des nombreuses possibilités d'applications. Pour la première fois, on disposait d'une méthode d'identification d'un individu relativement simple qui permet d'avancer au

niveau de la recherche génétique humaine, mais qui ouvrit aussi le domaine du génotypage de l'ADN en médecine légale.

Cette technique génétique fut d'emblée accueillie comme une révolution par les milieux policiers et judiciaires qui ne tardèrent pas à l'utiliser comme moyen de preuve dans des enquêtes et des procès criminels. Les résultats obtenus dans des affaires criminelles particulièrement emblématiques ont eu un énorme retentissement et avec l'amélioration constante des méthodes utilisées, la technique d'analyse génétique s'est imposée comme moyen d'investigation et instrument de preuve. Elle contribue à la recherche de la vérité en matière pénale en permettant d'écarter et d'innocenter les faux suspects et de confondre les vrais coupables.

A noter dans ce contexte que le Luxembourg ne dispose pas d'un laboratoire spécialisé en la matière. Les profils d'ADN seront réalisés à l'étranger tant que le Luxembourg n'a pas remédié à cette situation. A noter encore que la création d'un institut médico-légal est prévu dans le cadre du projet de construction du nouveau laboratoire national de Santé. La commission exprime le souhait que la mise en œuvre et service dudit institut médico-légal se fassent dans les meilleurs délais.

Il est à prévoir que dans l'ère post-génomique dans laquelle nous nous trouvons, de nouvelles technologies de plus en plus sophistiquées se basant sur la bioinformatique vont se développer et permettront un typage automatisé encore plus performant de l'ADN susceptible d'identifier d'une manière encore plus précise un individu.

Quand bien même les technologies d'identification aient évolué au cours des décennies et siècles passés, elles poursuivent toujours les mêmes objectifs, à savoir: d'une part, identifier l'auteur d'un crime à partir de traces des parties du corps d'un individu retrouvées sur le lieu du crime et d'autre part, constituer des archives ou fichiers pouvant être consultés afin de détecter notamment, mais pas uniquement, les récidivistes.

***La technique d'analyse génétique:
moyen de preuve à la fois fascinant et inquiétant ...***

Au-delà du fait que la technique de l'analyse génétique aime se présenter – comme toute démarche scientifique – comme un système sans faille, elle constitue un mode d'identification particulièrement fascinant en raison de deux atouts majeurs.

La technique d'analyse génétique repose avant tout sur le principe de l'unicité du patrimoine génétique et permet ainsi de dévoiler une image génétique – présentée sous la forme d'un code à barres – propre à chaque individu. Si l'analyse est effectuée correctement, elle permet de confirmer à 99,99% que deux échantillons biologiques analysés appartiennent à la même personne.

Cette technique permet ensuite – et il s'agit d'un atout essentiel – de comparer des échantillons biologiques de nature différente tels que par exemple du sang, des racines de cheveux ou encore de la salive, alors que l'ADN se trouve dans pratiquement toutes les cellules d'un individu.

Si on comprend dès lors aisément la fascination attachée à ce mode de preuve qui peut s'avérer particulièrement utile et nécessaire dans le cadre d'une enquête pénale, il n'en demeure pas moins que son utilisation suscite des inquiétudes, alors qu'il met en cause des droits fondamentaux.

Cette technique constitue notamment une atteinte au droit à la vie privée tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans la mesure où des échantillons sont prélevés sur le corps d'un individu, échantillons qui contiennent des informations strictement personnelles et qui peuvent, le cas échéant, constituer des données à caractère personnel. Elle met encore en cause le droit à l'intégrité physique dans la mesure où elle implique que des échantillons de cellules humaines puissent être prélevés du corps d'un individu, y compris sous contrainte physique, aux fins de comparaison.

... nécessitant un encadrement approprié

Il s'ensuit que si toutes les techniques d'identification nécessitent une certaine prudence dans leur mise en place, il est impératif d'entourer les analyses d'ADN de garanties appropriées. La nécessité de légiférer et d'encadrer cette technique d'identification apparaît dès lors également sous cet angle.

Il résulte de ce qui va suivre que le législateur luxembourgeois, conscient du caractère sensible des données génétiques, a opté pour une approche modérée entourant le régime mis en place de garanties appropriées de nature à apaiser les craintes et les appréhensions pouvant exister en la matière.

Ainsi, par exemple le projet de loi sous examen veille à ce que les analyses d'identification ne portent que sur la partie non codante de l'ADN, de sorte qu'aucune caractéristique morphologique ou génétique de l'individu ne puisse être déterminée. Les analyses d'ADN effectuées sur base de prélèvements de cellules humaines visent à établir un profil et non pas un code génétique. A l'instar du matricule de la sécurité sociale, auquel il peut être comparé, le résultat d'une analyse d'ADN, représenté en général par un code alphanumérique, permettra tout au plus d'identifier une personne sans en dévoiler d'autres caractéristiques relatives à sa personne. A noter dans ce contexte que les informations tirées d'une analyse d'ADN révèlent beaucoup moins sur une personne que son casier judiciaire.

A noter encore au passage que cette solution tient compte des principes qui régissent le traitement des données à caractère personnel et qu'elle est conforme aux normes européennes en la matière p. ex. la Résolution du Conseil de l'Union européenne du 25 juin 2001 précitée.

Le projet de loi sous examen instaure, en outre, une procédure qui garantit la fiabilité de la technique d'identification par empreintes génétiques. Ainsi confie-t-il à un expert ou un laboratoire la mission d'analyser et de comparer les cellules humaines prélevées, partant d'établir un profil d'ADN. Le projet de loi sous rubrique a pris soin de soumettre cet expert ou ce laboratoire à une série de conditions tant du point de vue de la qualification que de l'expérience.

Le projet de loi sous rubrique prévoit également des mesures de protection des échantillons découverts ou prélevés notamment en exigeant que le prélèvement de cellules humaines soit exécuté par un officier de la police judiciaire respectivement se fasse en présence d'un tel officier. Le texte sous examen prend également soin de préciser les délais pendant lesquels les profils d'ADN et les informations y relatives peuvent être conservées et, partant, faire l'objet d'un traitement.

Afin de protéger la confidentialité des traitements des données d'ADN, le projet de loi sous rubrique encadre toute opération de consultation, de comparaison ou de modification des données relatives à un profil d'ADN, de sorte à ce qu'il soit possible de retracer quand, par qui et pour quels motifs un profil d'ADN a fait l'objet d'un traitement.

Le texte en discussion instaure également un système d'information de la personne à l'égard de laquelle un prélèvement de cellules humaines a été ordonné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction. Celle-ci est informée de cette décision. Cette personne est, en outre, en droit de connaître les motifs qui justifient le prélèvement lorsqu'elle marque son accord à cette mesure. En effet, préalablement au prélèvement, elle doit être informée des circonstances des faits faisant l'objet de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire. L'accord préalable de cette personne doit être établi par écrit.

On peut encore remarquer que le projet sous rubrique prévoit la possibilité pour la personne concernée par un prélèvement de cellules humaines de demander une contre-expertise. Elle se voit également reconnaître le droit d'agir en nullité à l'encontre d'un acte posé dans le cadre de la gestion générale des traitements de données ADN.

La commission tient à souligner que la technique d'identification par empreintes génétiques ne peut que constituer un élément de preuve parmi tant d'autres. Le principe de la liberté des preuves doit prévaloir, alors qu'il ne s'agit pas d'une preuve absolue et infaillible. Le juge appelé à statuer doit, en ce qui concerne l'appréciation des faits et le fondement de son jugement, toujours faire appel à l'ensemble des éléments de preuve disponibles à charge et à décharge.

Les principaux aspects du projet de loi sous rubrique

1. Finalité du recours aux empreintes génétiques: l'identification d'une personne dans le cadre d'une enquête pénale

Le projet de loi entend régler le recours aux empreintes génétiques en vue de l'identification d'une personne, dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en matière pénale. L'article 1er du projet de loi sous rubrique définit clairement et de manière positive l'objet du texte en discussion. La finalité de l'analyse d'ADN est ainsi clairement circonscrite. Ainsi convient-il de délimiter le champ d'application du projet de loi sous rubrique. Le recours aux empreintes génétiques ne peut se faire que si cela s'avère nécessaire dans un cadre bien précis, à savoir une enquête pénale.

2. Le prélèvement de cellules humaines peut s'effectuer sous contrainte physique

Les profils d'ADN peuvent provenir de personnes qui ont consenti au prélèvement ou de personnes pour lesquelles le prélèvement a été exercé sous la contrainte physique.

Comme le font remarquer à juste titre les auteurs du projet de loi en discussion, le prélèvement de cellules humaines sous la contrainte physique constitue un élément délicat du projet de loi sous rubrique, alors qu'il a trait à l'intégrité physique humaine.

Certes, il résulte de textes internationaux en vigueur que le droit à l'intégrité physique n'est pas un droit absolu. Des atteintes à ce droit sont admises, dès lors qu'elles sont proportionnées par rapport à la finalité recherchée.

Le prélèvement de cellules humaines sous la contrainte physique n'est possible, d'après le projet de loi sous rubrique, que si la personne concernée paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et que si les faits emportent une peine criminelle ou correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. Il s'ensuit que le prélèvement de cellules humaines ne peut être imposé pour des infractions mineures.

L'atteinte à l'intégrité physique que constitue la contrainte peut être acceptée après pondération des intérêts de la société et des victimes dans le cadre de l'élucidation de certains délits graves. Le prélèvement sous contrainte physique apparaît dans cette hypothèse comme un mal tolérable au regard de la recherche de la vérité. A noter que la contrainte physique est exclue pour la prise de sang. Dans cette hypothèse le prélèvement de cellules humaines nécessaire à l'établissement d'un profil d'ADN se fera par le biais de l'une des deux autres techniques admises: le frottis buccal ou la collecte de bulbes pileux.

A noter encore que seuls des magistrats peuvent ordonner qu'un prélèvement puisse être effectué sous la contrainte. Il s'agit plus précisément du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

A noter in fine que le prélèvement sous contrainte peut être effectué sur des personnes autres que le suspect direct c.-à-d. sur des personnes qui ne sont pas, ou pas encore, considérées comme suspects, mais qui sont néanmoins impliquées dans la genèse des faits, comme par exemple la victime ou une personne qui se trouvait sur les lieux du crime peu avant l'acte commis.

S'il est important de circonscrire le champ d'application du projet de loi sous rubrique et de déterminer précisément les personnes auxquelles un prélèvement sous contrainte peut être imposé, il ne faut pas oublier la finalité première du texte en discussion, à savoir rechercher la vérité. Il peut dès lors être important que de nombreuses personnes puissent subir un prélèvement. Un champ d'application trop étroit n'aurait pas permis d'atteindre cet objectif.

Par ailleurs, en ne limitant pas les analyses d'ADN aux seules personnes présentant d'ores et déjà des indices graves de culpabilité, on évite que cette technique ne soit réduite à un instrument servant à fournir des éléments à charge, en vue de corroborer les preuves déjà existantes.

3. Deux genres de traitements des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques: le traitement ADN criminalistique et le traitement ADN condamnés

Le projet de loi sous examen prévoit deux genres de traitements des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques, à savoir, d'une part, le traitement ADN criminalistique qui concerne les profils d'ADN établis et traités dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en cours, et, d'autre part, le traitement ADN condamnés qui concerne les empreintes génétiques de personnes ayant été condamnées à une peine d'emprisonnement ou une peine plus lourde. Chaque genre de traitement répond à un régime légal qui lui est propre.

A noter que par traitement ADN, on entend l'insertion dans un fichier de profils ADN, ainsi que leur modification, consultation, comparaison et communication aux fins d'identification.

Les traitements d'ADN sont effectués sous la responsabilité du procureur général d'Etat, qui peut toutefois déléguer l'exercice de ces attributions à un magistrat du parquet général.

Les données des traitements d'ADN tant criminalistique que condamnés peuvent être communiquées non seulement aux autorités nationales compétentes, mais également aux experts dans l'intérêt des missions qui leur sont confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans le cadre d'une enquête pénale. La communication de telles données est également autorisée à d'autres Etats, organisations ou institutions internationales, en application de dispositions de droit international. Les autorités luxembourgeoises peuvent également consulter des données d'ADN gérées par d'autres Etats ou des organismes internationaux. De telles possibilités sont nécessaires, si on souhaite optimiser la coopération internationale en matière de lutte contre la criminalité transfrontalière et le terrorisme international. Il échet de souligner que la consultation par

le Luxembourg de données gérées par des Etats étrangers ou des institutions internationales doit s'effectuer dans le respect des dispositions du texte sous rubrique.

*

3. AVIS DE LA COMMISSION NATIONALE POUR LA PROTECTION DES DONNEES

Tout en reconnaissant la nécessité pour le législateur luxembourgeois de conférer une base légale à l'établissement des profils d'ADN, la Commission nationale pour la protection des données appelle le législateur à faire preuve d'une grande prudence à l'égard de la constitution de fichiers d'empreintes génétiques, qui, par nature, présentent des risques d'atteinte graves aux libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et notamment à leur vie privée.

Dans son avis du 19 novembre 2004, la Commission nationale pour la protection des données soulève un certain nombre de points et d'interrogations que la Commission juridique souhaite résumer brièvement.

La Commission nationale pour la protection des données regrette tout d'abord que les dispositions relatives aux empreintes génétiques, du moins celles faisant partie de ladite „loi autonome“, ne soient pas intégrées au niveau de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Elle aurait également souhaité que le projet de loi sous rubrique soit plus explicite quant à son positionnement par rapport à la loi du 2 août 2002 précitée.

Il convient de relever à cet endroit que l'article 1er, alinéa 2 du projet de loi en discussion indique que le traitement des empreintes génétiques est soumis aux prescriptions des articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (1) de la loi du 2 août 2002 (ci-après „la loi de 2002“) précitée. Le texte sous avis précise dès lors clairement son alignement par rapport à la loi de 2002. Par ailleurs, l'article 8, paragraphe (1) de la loi de 2002 prévoit qu'une disposition légale est nécessaire pour réglementer le traitement de données relatives aux infractions et aux condamnations pénales. La loi en élaboration peut être considérée comme faisant partie de ces autres lois évoquées par l'article 8, paragraphe (1) de la loi de 2002 et appelées à régir de façon spécifique le traitement de données judiciaires.

Par ailleurs, comme le souligne à juste titre le Procureur général d'Etat dans son avis du 14 janvier 2005, adopter le point de vue de la Commission nationale pour la protection des données signifierait que le traitement de toutes les données personnelles dans le cadre d'une affaire pénale, tels que l'identification de numéros de comptes bancaires ou encore de téléphone, voire l'autopsie de cadavres, constituent des traitements régis par les dispositions et les régimes de contrôles prévus par la loi de 2002. Or, une telle façon de voir aboutirait à paralyser la justice pénale, ce qui n'est certainement dans l'intérêt ni de la société, ni du justiciable.

La Commission nationale pour la protection des données regrette également que le prélèvement de cellules humaines puisse être exercé sous la contrainte physique si les faits en cause emportent une peine criminelle ou correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement, en faisant valoir que tant le législateur belge que le législateur français ont opté pour des systèmes de seuil sensiblement plus élevés.

Fixer un seuil supérieur à deux ans signifierait, en pratique, qu'il serait impossible de pratiquer des examens d'ADN dans toute une série d'infractions, partant d'identifier leurs auteurs. Il est renvoyé pour le détail aux commentaires de l'article 17 du projet de loi sous rubrique, plus précisément au commentaire de l'article 48-5 que l'article 17 précité introduit au niveau du Code d'instruction criminelle.

La Commission nationale pour la protection des données conteste encore le choix opéré par les auteurs du projet de loi de confier au Procureur général d'Etat la responsabilité du traitement des données en cause. Elle plaide également pour soumettre le Procureur général d'Etat à la surveillance d'une autorité de contrôle en matière de protection de la vie privée et des données personnelles, tout en reconnaissant que le principe de la séparation des pouvoirs puisse s'opposer à un tel contrôle.

Au-delà du fait qu'un tel contrôle porterait inévitablement atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, force est de constater qu'il existe un contrôle juridictionnel des actes posés dans le cadre de la gestion générale des traitements de données ADN et que de nombreux motifs plaident en faveur d'un traitement des données génétiques par le Procureur général d'Etat sous sa seule responsabilité. Il

est renvoyé au commentaire des articles, plus particulièrement au commentaire des articles 1er, 12 et 15 du projet de loi sous rubrique.

La Commission nationale pour la protection des données se demande encore s'il ne serait pas judicieux de préciser dans le projet de loi que le droit à l'information de la personne concernée répond aux exigences posées à l'article 26 de la loi du 2 août 2002 précitée. Elle estime que „(...) la personne concernée doit obtenir une information sous forme lisible et intelligente conformément au vœu de la directive 95/46/CE“. Cependant, tout en s'interrogeant sur la nécessité de priver les personnes qui paraissent présenter un lien direct avec la réalisation des faits du droit à l'information, la Commission nationale pour la protection des données reconnaît qu'une telle information peut compromettre le succès d'une instruction pénale. Il ne faut pas perdre de vue le fait que l'on se situe au niveau d'une enquête préliminaire judiciaire ou d'une instruction préparatoire et que le succès de celle-ci dépend en effet du degré de confidentialité de ses éléments. Par ailleurs, il est rappelé dans ce contexte que le projet de loi sous rubrique prévoit justement que la personne faisant l'objet d'un prélèvement de cellules humaines soit dûment informée de la mesure de prélèvement ordonnée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction (article 48-5). Cette personne est également informée des résultats de la comparaison de son profil d'ADN avec d'autres profils (article 48-6, paragraphe 6).

Dans son avis du 19 novembre 2004, la Commission nationale pour la protection des données rappelle l'importance du droit d'accès aux données génétiques, du droit d'effacement et du droit de rectification de ces données dans le chef de la personne concernée.

Concernant le droit d'accès, il échet de noter que le profil d'ADN constitue une espèce de preuve parmi d'autres, de sorte que les dispositions du Code d'instruction criminelle relatives au droit d'accès au dossier pénal sont d'application. Il n'y a dès lors pas de nécessité à prévoir une procédure spéciale en l'espèce.

Concernant le droit d'effacement du profil d'ADN, il est renvoyé aux articles 7 et 10 du projet de loi sous rubrique qui prévoient que les profils d'ADN ne peuvent faire l'objet d'un traitement que pendant une durée déterminée.

A noter encore dans ce contexte que dans son avis du 14 janvier 2005, le Procureur général d'Etat a estimé que le fait pour la Commission nationale pour la protection des données de vouloir appliquer les règles de la loi de 2002 précitée sur le droit à l'information, le droit d'accès ou encore le droit à l'effacement ou à la rectification, revient à méconnaître la spécificité de ces données en tant que données judiciaires et à mettre en cause la finalité légitime de la recherche et de la poursuite des infractions.

En ce qui concerne les interconnexions possibles entre les traitements ADN, la Commission nationale pour la protection des données s'interroge sur les interconnexions expressément visées par le projet de loi sous rubrique et suggère que le texte sous examen énumère de manière précise les interconnexions autorisées par voie légale. La Commission juridique qualifie le texte sous rubrique de très clair et est d'avis qu'il ne nécessite pas de précisions supplémentaires. Il est renvoyé, pour plus de détails, au commentaire de l'article 15.

La Commission nationale pour la protection des données estime opportun de préciser les formulations retenues au niveau des articles 48-3 (personnes concernées par une infraction) et 48-5 (personne qui paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause). Il est renvoyé à l'article 39 du Code d'instruction criminelle qui prévoit la mesure de rétention à l'encontre de la personne contre laquelle existent des indices graves et concordants de nature à motiver son inculpation.

In fine, on peut encore relever que la Commission nationale pour la protection des données est d'avis qu'une personne réhabilitée ne devrait plus figurer dans le traitement ADN criminalistique, voire dans le traitement ADN condamnés. Il échet de noter que la réhabilitation est un instrument qui permet de faire disparaître une condamnation pénale ainsi que ses conséquences. Or, elle ne fait pas disparaître l'infraction à la base de la condamnation qui continue à exister d'un point de vue matériel, de sorte qu'il semble approprié que la réhabilitation d'une personne soit sans influence quant au maintien des données ADN dans le traitement ADN criminalistique.

Pour plus de détails, il est renvoyé à l'avis de la Commission nationale pour la protection des données du 19 novembre 2004, ainsi qu'au commentaire des articles.

Il est également renvoyé à l'avis du Procureur général d'Etat du 14 janvier 2005 qui a été examiné en partie au niveau du commentaire des articles.

*

4. AVIS DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT

Le procureur général d'Etat a avisé le projet de loi sous rubrique en date du 14 janvier 2005. Il est renvoyé pour plus de détails à l'avis lui-même ainsi qu'au commentaire des articles.

Il échet toutefois de noter dès l'ingrès que le procureur général d'Etat, qui a également examiné l'avis de la Commission nationale pour la protection des données, tout en soulignant le souci de cette dernière à trouver un équilibre entre les objectifs légitimes de recherche et de répression des infractions et le respect des droits et des libertés fondamentales des personnes concernées, donne à considérer que „la recherche de cet équilibre est sous-jacente à l'ensemble du projet de loi et se traduit notamment par les nombreuses conditions de fond et de forme dont est entourée la procédure d'identification par empreinte génétique“.

*

5. TRAVAUX PARLEMENTAIRES ET AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Concernant le détail des avis du Conseil d'Etat et des travaux parlementaires, notamment des amendements parlementaires adoptés par la Commission juridique, il est renvoyé aux documents parlementaires y afférents, ainsi qu'au commentaire des articles.

*

6. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Remarque préliminaire concernant la structure du projet de loi sous rubrique

Les règles générales relatives aux prélèvements et analyses d'ADN sont intégrées dans le Code d'instruction criminelle dans un nouveau chapitre, le Chapitre V.– intitulé „*Des procédures d'identification par empreintes génétiques*“ inséré au niveau du Titre II du Livre Ier du Code d'instruction criminelle.

L'introduction du nouvel instrument d'investigation et de preuve que constitue l'identification par empreintes génétiques requiert également la modification d'un certain nombre de dispositions du Code d'instruction criminelle relatives à différentes procédures pour lesquelles l'établissement d'un profil d'ADN peut être ordonné. Il s'agit des articles 39 paragraphe (4), 40, 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6) et 51 du Code d'instruction criminelle. A noter qu'un nouvel article 47-1 a été également inséré au Code d'instruction criminelle.

Les aspects purement techniques du projet de loi sous rubrique, relatifs à l'établissement scientifique des profils d'ADN ainsi qu'aux aspects découlant du traitement de ces données, font, quant à eux, l'objet de dispositions spéciales et autonomes qui n'ont pas leur place dans le Code d'instruction criminelle.

A noter encore que le recours aux empreintes génétiques ne nécessite pas l'introduction de nouvelles infractions pénales destinées à sanctionner d'éventuels abus ou détournements des informations recueillies, alors que la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel a introduit toute une série d'infractions pénales visant à sanctionner les abus relatifs aux traitements des données à caractère personnel. S'y ajoutent les infractions prévues aux articles 509-1 à 509-7 du Code pénal relatifs à certaines infractions en matière informatique, ainsi que celles qui seront proposées lors de l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe relative à la cybercriminalité.

Article 1er

Cet article définit l'objet même du projet de loi sous rubrique, à savoir régler le recours aux empreintes génétiques en vue de l'identification d'une personne dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en matière pénale.

Cet article a été ajouté au texte du projet de loi initial par la Commission juridique sur proposition du Conseil d'Etat. Dans son avis du 23 décembre 2005, le Conseil d'Etat s'est, en effet, demandé, si,

au vu du caractère extrêmement sensible de la matière visée par le texte sous examen, il n'était pas indiqué de mettre la finalité du projet de loi en relief, en résumant celle-ci de façon positive dans une disposition liminaire. En définissant ainsi l'objet du projet de loi dans une disposition à part, l'article sous examen souligne le caractère spécifique et parfaitement circonscrit des nouvelles dispositions.

Les données ADN constituent des données judiciaires et comme telles, ne peuvent être établies et traitées que sur l'ordre d'un magistrat et sont, partant, du moins dans une très large mesure, couvertes par le secret d'instruction. Il s'ensuit que le Procureur général d'Etat, désigné comme le responsable du traitement ADN criminalistique et du traitement ADN condamnés, ne saurait en vertu du principe de la séparation des pouvoirs être soumis au contrôle et à la surveillance de la Commission nationale pour la protection des données qui, de surplús, constitue une autorité administrative ne relevant pas de la personnalité morale de l'Etat.

L'article sous rubrique fait également ressortir son alignement sur la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel en renvoyant en son alinéa (2) à l'article 6, paragraphe (3) de ladite loi de 2002 et ayant trait aux données sensibles, ainsi qu'à l'article 8, paragraphe (1) de la même loi, ayant quant à lui trait aux données judiciaires.

A noter que suite à cet ajout, le projet de loi sous examen a été réagencé, le Chapitre I initial figurant devant le Chapitre II et ainsi de suite. La numérotation des articles a également été changée.

Article 2 (ancien article 1)

Cet article pose, d'une part, les conditions dans lesquelles des cellules humaines peuvent être recueillies et énonce, d'autre part, les règles à respecter lors de l'établissement de profils ADN. Cet article renvoie également au cadre légal des traitements de données qui en résultent.

Il ne donne pas lieu à observation particulière.

Article 3 (ancien article 2)

Cet article concerne plus précisément les procédures d'analyse de l'ADN. Lors de la rédaction de l'article sous rubrique, et plus particulièrement de son paragraphe (1), les auteurs du projet de loi sous-jacent se sont inspirés d'un certain nombre de textes étrangers et européens afin d'assurer l'interopérabilité dont le défaut rendrait difficile la coopération internationale dans le domaine pénal. Or, comme il a été déjà souligné, les profils d'ADN sont des moyens de lutte contre la criminalité tant nationale qu'internationale. Par ailleurs, comme les analyses ADN sont actuellement effectuées à l'étranger et que l'entrée en vigueur du présent projet de loi ne modifiera, du moins dans un premier temps, rien à cette pratique, il est également plus raisonnable que les dispositions légales luxembourgeoises en matière d'analyse d'ADN ne se distinguent pas des textes de nos pays voisins.

A noter qu'à ce jour, les procédures techniques utilisées dans la plupart des pays et notamment dans les différents pays de l'Union européenne sont les mêmes.

Paragraphe (1)

Par rapport au texte initial, les mentions „Polymérase Chain Reaction „PCR“ “ et „loci“ ont été supprimées par la Commission juridique suite à une suggestion du Conseil d'Etat.

Paragraphe (2)

Ce paragraphe permet le recours à l'ADN mitochondrial pouvant être établi à titre de test complémentaire à côté du procédé d'établissement de l'ADN nucléaire, tel que visé au paragraphe (1). L'intérêt de recourir à l'ADN mitochondrial, qui diffère largement de l'ADN nucléaire, est double: (i) il est très résistant et peut donc être prélevé sur des traces anciennes et (ii) il peut être prélevé sur des tissus dépourvus d'ADN nucléaire. En permettant le recours à l'ADN mitochondrial, le projet de loi sous rubrique permet l'utilisation de tous les moyens techniques disponibles permettant d'établir des profils d'ADN fiables.

En ce qui concerne la rédaction de la disposition sous rubrique, la Commission a suivi la suggestion du Conseil d'Etat étant donné que le choix de la rédaction initiale n'était pas heureux. Le texte sous rubrique dispose que l'ADN mitochondrial peut être établi à titre complémentaire sans préciser qu'il l'est „outre les données visées au paragraphe (1)“. Par ailleurs, il ne renvoie plus au Code d'instruction criminelle. Un tel renvoi n'est pas indispensable, alors que l'ADN mitochondrial est nécessairement effectué à titre de test complémentaire à la recherche de l'ADN nucléaire qui, elle, se déroule néces-

sairement dans le cadre des articles 48-3 à 48-8 que le projet de loi en discussion entend introduire au niveau du Code d'instruction criminelle.

Paragraphe (3)

Ce paragraphe précise que les marqueurs à utiliser pour effectuer les analyses ADN, au nombre de sept, sont déterminés via règlement grand-ducal.

Le Conseil d'Etat a proposé de modifier le libellé de la disposition sous rubrique en ajoutant au texte initial que le règlement grand-ducal précité détermine les marqueurs visés, outre ceux des chromosomes X et Y. Par un tel ajout, on confère une base légale sûre à ce genre de test parallèle permettant de déterminer le sexe d'une personne.

La Commission a fait sienne la proposition de texte du Conseil d'Etat.

Article 4 (ancien article 3)

Cet article introduit certaines règles élémentaires concernant la procédure d'analyse assurant ainsi la plus grande qualité possible des profils d'ADN établis. Il s'agit, comme l'indique à juste titre le Conseil d'Etat dans son avis, d'une disposition clé du projet de loi sous rubrique. Cet article détermine plus particulièrement la mission et la façon de procéder de „l'expert chargé“. A noter que ce texte s'inspire de l'article 8 de l'arrêté royal belge du 4 février 2002 précité.

Les paragraphes (1) à (3) ne donnent pas lieu à observation particulière.

Quant au paragraphe (4), il a trait à la personne de l'expert chargé de l'établissement d'un profil d'ADN. Comme il a été évoqué précédemment, cette personne doit répondre à un certain nombre de critères de qualifications et d'expérience.

Ce paragraphe a été ajouté au texte initial sur proposition du Conseil d'Etat.

En effet, à l'instar de la Commission nationale pour la protection des données, le Conseil d'Etat a regretté que l'article sous rubrique passe sous silence la question des qualités que l'expert chargé de l'établissement d'un profil d'ADN doit avoir.

Ce faisant, il a proposé d'ajouter un paragraphe (4) au texte initial qui reprend les qualités exigées dans le chef de l'expert.

A noter que le Conseil d'Etat a fait deux propositions de textes quant audit paragraphe (4). Le premier libellé proposé s'inspirait de l'article 11 de l'arrêté royal belge du 4 février 2002 précité. Ce libellé ne donnant pas entière satisfaction au Conseil d'Etat, celui-ci en proposa un deuxième à titre alternatif. Ce deuxième libellé tient compte de la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 10 février 1992 invitant les Etats membres à prévoir la mise en place d'une liste de laboratoires ou d'instituts agréés.

La Commission a considéré que le deuxième libellé proposé par le Conseil d'Etat n'était pas sans équivoque. En effet, d'après ce texte, l'expert devait être rattaché à un laboratoire agréé par le ministre de la Justice et le ministre de la Santé. Or, il ne saurait être nullement question de soumettre un laboratoire étranger à un agrément délivré par une autorité luxembourgeoise compétente, de même qu'il est inconcevable que le Luxembourg puisse refuser qu'un laboratoire étranger, dûment agréé par les autorités de son pays, puisse établir des profils d'ADN au motif qu'il ne dispose pas d'un agrément délivré par les autorités luxembourgeoises.

La Commission s'est ainsi prononcée en faveur de la première proposition de texte formulée par le Conseil d'Etat. Afin toutefois de s'assurer que les analyses d'ADN soient effectuées par des laboratoires répondant à certaines exigences tant au niveau de leur équipement qu'au niveau de leur expérience, la Commission a décidé, dans un premier temps, d'ajouter in fine au texte tel que proposé par le Conseil d'Etat une phrase dont la teneur est la suivante:

„Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si le laboratoire a reçu l'agrément de son pays.“

De l'avis de la Commission, par un tel ajout, tant la qualification de l'expert que l'agrément du laboratoire chargé des opérations d'analyses génétiques seraient assurés.

Dans son avis complémentaire du 14 février 2006, le Conseil d'Etat a estimé que l'amendement apporté à sa proposition de texte du paragraphe (4) n'était pas non plus sans équivoque. Il a en conséquence plaidé principalement pour l'abandon de l'amendement en rapport avec le nouvel alinéa (3) du

paragraphe (4) de l'article 4. En ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat a proposé de libeller cet alinéa 3 nouveau comme suit:

„Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si l'expert et le laboratoire ont reçu l'agrément dans un Etat membre de l'Union européenne.“

Pour la Commission, l'exigence d'un agrément tant dans le chef de l'expert que dans celui du laboratoire constitue un formalisme excessif et peu utile. Dès lors la Commission a décidé de reformuler le texte proposé par la Haute Corporation comme suit:

„Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si l'expert ou le laboratoire ont reçu l'agrément dans un Etat membre de l'Union européenne.“

Le libellé tel que proposé par la Commission prévoit que la condition de l'agrément doit être remplie dans le chef soit de l'expert, soit du laboratoire. Ce texte ne fait que reprendre les solutions telles que retenues par les législateurs belge et français.

En Belgique, l'arrêté royal modifié du 4 février 2002 pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale dispose que le laboratoire doit avoir parmi son personnel un expert pour obtenir l'agrément nécessaire.

La législation française, à savoir le décret modifié du 6 février 1997 relatif aux conditions d'agrément des personnes habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire, dispose par contre que l'expert doit avoir à sa disposition un laboratoire pour être agréé.

Il ressort du deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat daté du 2 mai 2006 que celui-ci n'approuve pas l'amendement parlementaire. La Haute Corporation estime que le maintien de cette condition alternative risque d'être source de confusion, alors qu'elle viserait à remplacer la double condition découlant de la lecture combinée des deux premiers alinéas du paragraphe 4 de l'article sous rubrique.

La Commission ne suit pas le Conseil d'Etat et maintient le libellé tel que proposé par elle. Elle donne à considérer que la condition cumulative d'agrément telle que souhaitée par le Conseil d'Etat aurait pour conséquence que les autorités luxembourgeoises compétentes ne pourraient recourir ni aux laboratoires français ni aux laboratoires belges pour voir établir un profil d'ADN. Or, comme nous l'avons déjà indiqué précédemment, l'établissement de tels profils ne peut se faire actuellement au Grand-Duché, car nous ne disposons pas pour l'instant d'un laboratoire spécialisé en la matière. Les profils d'ADN doivent forcément être effectués à court et moyen terme par des laboratoires agréés à l'étranger. Le recours aux laboratoires français et belge est évident en raison de la proximité de ces deux pays.

A noter que toute implantation d'un laboratoire apte à effectuer des analyses génétiques au Luxembourg est subordonnée à l'obtention d'un agrément préalable. Dans pareil cas, les alinéas 1 et 2 du paragraphe (4) à l'exclusion de l'alinéa (3) de l'article sous rubrique seront d'application.

Articles 5 à 16 (anciens articles 4 à 16)

Ces articles ont trait au traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques.

Dans son avis du 23 décembre 2005, le Conseil d'Etat a plaidé pour un réagencement du Chapitre III, ancien Chapitre II. Il a proposé que les dispositions relatives au traitement ADN criminalistique et celles relatives au traitement ADN condamnés soient abordées avant les dispositions communes aux deux opérations, de sorte que le Chapitre III soit structuré de la manière suivante:

„Section I – Du traitement ADN criminalistique

Section II – Du traitement ADN condamnés

Section III – Dispositions communes aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés“

La Commission a fait sienne cette proposition de restructuration.

Ainsi, les articles 5 à 7 ont trait au traitement ADN criminalistique, alors que les articles 8 à 12 concernent le traitement ADN condamnés. Les articles 13 à 16 concernent, quant à eux, les dispositions communes aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés.

Article 5 (ancien article 8)

Cet article définit ce qu'il faut entendre par un „traitement ADN criminalistique“.

Dans son avis du 14 janvier 2005, le procureur général d'Etat a suggéré de modifier la rédaction de l'article sous rubrique qui, selon lui, prête à confusion.

Initialement, le „traitement ADN criminalistique“ était défini comme „*toute opération ou ensemble d'opérations, telles que prévues par l'article 2 litt. (s) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, appliquées à un profil d'ADN et effectuées afin de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle*“.

Le procureur général d'Etat a estimé qu'il serait possible de déduire de ce texte que les actes de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire pourraient être considérés comme comportant des traitements de données au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Afin d'éviter tout malentendu, il a proposé de remplacer le texte initial par un nouveau libellé, texte dont le Conseil d'Etat a recommandé vivement l'adoption.

La Commission a repris la proposition de texte du procureur général d'Etat et du Conseil d'Etat, tout en y ajoutant, pour des raisons d'uniformité avec l'article 8, le terme „ADN“ après le mot „traitement“, de même qu'elle a décidé de compléter le texte en insérant les termes „*modification, consultation, comparaison*“ à la suite des mots „*conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle*“, afin de tenir compte des opérations les plus importantes pouvant être effectuées dans le contexte des traitements des profils d'ADN criminalistique.

Cet ajout de la Commission a été approuvé par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 14 février 2006.

A noter que la disposition sous rubrique est d'application dans l'hypothèse d'un flagrant délit ou crime.

Article 6 (ancien article 9)

Cet article détermine les conditions et la procédure suivant lesquelles un profil d'ADN peut faire l'objet d'un traitement ADN criminalistique.

Il n'appartient qu'au procureur d'Etat ou au juge d'instruction de décider si un profil d'ADN fera partie ou non du traitement ADN criminalistique. Il est impératif que la matière des empreintes génétiques reste sous le contrôle d'un magistrat. Il s'agit d'ailleurs d'une idée qui se trouve à la base du projet de loi sous rubrique.

Les paragraphes (2) et (3) concernent le traitement criminalistique d'un profil d'ADN établi sur base de cellules humaines découvertes, par exemple sur le lieu du crime, respectivement prélevées sur une personne déterminée, soit volontairement soit sous la contrainte.

Les profils d'ADN établis sur base de cellules humaines découvertes sont directement insérés dans le traitement ADN criminalistique, sans comparaison préalable. Ces profils, qui sont anonymes, doivent pouvoir faire partie du traitement ADN criminalistique pour servir de profil d'ADN de base en vue de consultations et de comparaisons futures.

Les profils d'ADN établis sur base de cellules humaines prélevées sur une personne donnée, font logiquement de plein droit l'objet d'une comparaison. Par ailleurs, ces profils ne peuvent être insérés dans le traitement ADN criminalistique que si la comparaison a été positive, c.-à-d. si la comparaison révèle que la personne en cause a déjà fait l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN ce qui signifie notamment qu'elle a déjà été impliquée dans une enquête préliminaire ou une instruction préparatoire.

En cas de comparaison négative, le profil d'ADN ne peut pas faire l'objet d'un traitement ADN criminalistique. A fortiori, il ne peut pas non plus être inséré dans le traitement ADN condamnés.

Dans son avis du 23 décembre 2005, le Conseil d'Etat a proposé de remplacer au niveau des différents paragraphes de l'article sous rubrique la référence à l'article 4 par celle visant l'article 13. La Commission a suivi le Conseil d'Etat.

Article 7 (ancien article 10)

La disposition sous rubrique est importante dans la mesure où elle détermine les conditions suivant lesquelles les profils d'ADN peuvent être maintenus ou non dans le traitement ADN criminalistique.

Les paragraphes (1), (2) et (4) déterminent la durée de conservation des profils d'ADN criminalistiques.

Selon le paragraphe (1), le profil d'ADN, qui a pu être attribué à une personne déterminée, peut, entre autres, être exploité jusqu'à l'expiration d'un délai de 10 ans après le décès de l'individu en cause. Ce délai est calqué sur la prescription décennale en matière de crime (article 637 du Code d'instruction criminelle). Ce même délai se retrouve par ailleurs au niveau de l'article 10 concernant le traitement ADN condamnés.

A noter qu'aux yeux du Conseil d'Etat, cette durée n'est pas excessive au regard des dispositions de la loi de 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel.

Il appartiendra au Procureur général de constater la prescription du traitement ADN criminalistique. Ce constat devra se faire conformément aux conditions et formes prévues par le Code d'instruction criminelle.

A noter que le Conseil d'Etat et la Commission nationale pour la protection des données ont proposé de souligner le caractère alternatif des hypothèses énoncées au paragraphe (1) en ajoutant la conjonction „ou“ aux points 1 et 2 in fine.

Le paragraphe (2) prévoit des dérogations au principe posé par le paragraphe (1). Ainsi, les informations afférentes à un profil ADN peuvent être maintenues au traitement ADN criminalistique, dès lors que le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une comparaison positive en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire.

A titre d'exemple, on peut citer l'hypothèse d'une personne soupçonnée d'avoir commis un meurtre en un endroit X et par la suite un viol en un endroit Y. Le profil d'ADN criminalistique de cette personne établi dans le cadre de l'affaire de meurtre pourra, grâce aux dérogations prévues au paragraphe (2), être utilisé dans le cadre de l'affaire du viol et permettre la condamnation de son auteur pour viol, bien que cet individu ait été acquitté pour le meurtre. A défaut de ces dérogations, l'affaire de viol n'aurait probablement pas pu être élucidée.

Il ne faut pas oublier dans ce contexte que les profils ADN faisant l'objet du traitement ADN criminalistique ne sont pas exclusivement ceux de suspects, de prévenus ou d'inculpés. Une personne peut être impliquée dans plusieurs affaires en des qualités différentes (e.a. en tant qu'auteur et victime).

Dans son avis du 23 décembre 2005, le Conseil d'Etat a proposé de limiter les dérogations au principe posé par le paragraphe (1) à une seule hypothèse, à savoir celle du point 2. Il a proposé de donner la teneur suivante au paragraphe (2):

„(2) Dans l'hypothèse visée au point 2. du paragraphe précédent, les informations peuvent néanmoins être maintenues au traitement criminalistique si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une comparaison positive en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire qui justifie cette dérogation.“

La Commission a décidé de ne pas retenir la proposition du Conseil d'Etat, et a, au contraire, approuvé le texte gouvernemental.

Le paragraphe (3) vise à assurer que les données relatives au profil d'ADN d'une personne ayant été condamnée sont transférées au traitement ADN condamnés pour faciliter d'éventuelles poursuites en cas de récidive de cette personne. La référence à „la section III“ a été remplacée par celle relative à la „section II“.

Le paragraphe (4) concerne les profils d'ADN qui figurent au traitement ADN criminalistique et qui n'ont jamais pu être attribués à une personne donnée. Ces profils ne peuvent plus faire l'objet d'un traitement ADN criminalistique 30 ans après leur établissement.

Pour le Conseil d'Etat, une telle durée ne saurait pas non plus être considérée comme excessive notamment au regard de la solution retenue par le législateur français¹.

Aux termes du paragraphe (5), le traitement de données autre que l'insertion, la consultation, la comparaison ou l'ajout de certaines informations (p. ex. l'organisation du traitement ou encore la modification ou la suppression de données) doit être autorisé par le procureur général d'Etat ou un magistrat délégué par lui à cette fin.

¹ L'article R53-14 du code de procédure pénale prévoit une durée de quarante ans.

A noter qu'au niveau de cette disposition, la référence à „l'article 4“ a été remplacée conformément à la proposition du Conseil d'Etat par le renvoi à „l'article 13“.

Article 8 (ancien article 11)

Le paragraphe (1) de l'article sous examen définit le traitement ADN condamnés.

Pour des raisons d'uniformité, la Commission propose de compléter le texte du paragraphe (1) à l'instar de l'article 5 en ajoutant les termes „*modification, consultation, comparaison*“ après le bout de phrase „*conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle*“. Cet ajout tient compte des opérations les plus importantes dans le contexte du traitement ADN condamnés.

Le paragraphe (2) spécifie les profils d'ADN qui peuvent faire l'objet d'un traitement ADN condamnés. Il distingue entre deux catégories de profils, à savoir ceux qui font partie du traitement ADN criminalistique et qui ont pu être attribués à une personne donnée ayant fait l'objet d'une condamnation définitive à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde, et ceux qui ont été établis en exécution de l'article 48-7 du code d'instruction criminelle.

D'après le paragraphe (3) de l'article sous rubrique, il appartient au seul procureur général d'Etat ou au magistrat délégué d'insérer les deux catégories de profils d'ADN précités au traitement ADN condamnés, et ceci contrairement au traitement ADN criminalistique où le même droit appartient également au procureur d'Etat et au juge d'instruction.

Articles 9 et 10 (anciens articles 12 et 13)

L'article 9 précise les conditions d'accessibilité des profils d'ADN faisant l'objet d'un traitement ADN condamnés. Ils ne peuvent être consultés et comparés que par le procureur d'Etat et le juge d'instruction saisis d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire dans le cadre de laquelle un profil d'ADN a été établi. Ces profils sont aussi accessibles aux experts dans le cadre des missions qui leur sont confiées et aux officiers de police judiciaire qui agissent sur instructions du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

Le traitement des données autre que la consultation ou la comparaison est soumis à autorisation préalable de la part du procureur général d'Etat ou tout magistrat délégué.

L'article 10 précise que le profil d'ADN et toutes les informations y afférentes ne peuvent plus faire l'objet d'un traitement ADN condamnés 10 ans après le décès de la personne à laquelle ces informations se rapportent.

Le profil d'ADN d'une personne bénéficiant d'une réhabilitation (articles 644 et suivants du Code d'instruction criminelle) est maintenu dans le traitement ADN concerné, étant donné que l'infraction commise par cette personne n'a pas cessé d'exister d'un point de vue matériel. Ce traitement ne doit, toutefois, pas devenir une deuxième espèce de casier judiciaire. Contrairement au casier judiciaire dont la finalité est de constituer un relevé des peines, sur lequel toute institution juridique dispose d'un droit d'accès, les modalités d'utilisation et d'accès aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés sont réglées de manière très restrictive, conformément aux dispositions du présent projet de loi.

Article 11 (ancien article 14)

Cet article instaure un régime de nullités pouvant être invoquées à propos des actes posés en vertu de certaines dispositions du projet de loi sous rubrique. Ce régime est agencé dans l'intérêt du justiciable. Il est important de prévoir des garanties en tenant compte des droits de la défense et de la protection des personnes à l'égard du traitement de données personnelles.

Dans son avis du 23 décembre 2005, le Conseil d'Etat a proposé une série de redressements au niveau du renvoi à des dispositions du texte sous rubrique.

La Commission a adopté lesdits redressements qui s'imposent en raison du réagencement structurel du projet de loi sous rubrique.

Au paragraphe (2), le mot „*article*“ est remplacé par celui d'„*acte*“. Il s'agit de redresser une erreur matérielle.

Article 12 (ancien article 15)

Cet article confère une voie de recours aux personnes invoquant la nullité d'un acte posé dans le cadre de la gestion générale des traitements de données ADN criminalistique et ADN condamnés effectuée sous la responsabilité du procureur général d'Etat. Comme l'a remarqué à juste titre le Conseil

d'Etat, l'article sous rubrique constitue en quelque sorte le pendant de l'article 30 réglant le droit d'opposition dans le cadre de la loi du 2 août 2002 précitée.

Ce recours est exercé devant la Chambre du conseil du tribunal d'arrondissement compétent. Il semble évident que le contrôle soit exercé par une autorité judiciaire et non par une autorité administrative comme p.ex. la Commission nationale pour la protection des données, alors qu'il s'agit de données judiciaires couvertes dans une large mesure par le secret judiciaire et ne pouvant être établies et traitées que sur ordre d'un magistrat.

Le Conseil d'Etat a également recommandé de redresser certains renvois figurant à l'article sous rubrique. Ainsi, il est suggéré de lire au niveau du paragraphe (1): „(1) *En dehors des hypothèses visées par l'article 11 (...)*“ au lieu de „*l'article 14*“.

La Commission a suivi le Conseil d'Etat et elle a modifié le texte du paragraphe (1) en conséquence.

Le paragraphe (2) a trait au délai du recours. Initialement, le projet de loi prévoyait un délai de 10 jours.

Dans son avis du 23 décembre 2005, le Conseil d'Etat a plaidé pour la réduction dudit délai et il s'est prononcé pour un délai de trois jours par analogie à l'article 133, paragraphe (5) du Code d'instruction criminelle et sous réserve du délai définitivement retenu dans le cadre du projet de loi No 5354.

Afin que l'uniformité avec le projet de loi No 5354 précité, devenu la loi du 6 mars 2006 portant 1. introduction notamment de l'instruction simplifiée, du contrôle judiciaire et réglementant les nullités de la procédure d'enquête, 2. modification de différents articles du Code d'instruction criminelle, et 3. abrogation de différentes lois spéciales, soit assurée, la Commission a décidé de porter le délai à cinq jours.

Quant au paragraphe (4), qui renvoie aux règles procédurales à observer lors de l'exercice du recours, le Conseil d'Etat, qui partage l'avis du Parquet général, a proposé de libeller la dernière phrase du paragraphe (4) comme suit:

„Un recours en cassation est ouvert selon les modalités prévues par la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.“

Il s'agit pour le Procureur général d'Etat d'éviter des discussions sur la recevabilité des recours au regard des articles 407 et 416 du Code d'instruction criminelle. Il est rappelé que dans sa version initiale la dernière phrase du paragraphe (4) était libellée: „*Le recours en cassation est soumis aux dispositions du Code d'instruction criminelle y afférentes.*“

La Commission a fait sienne la proposition du Conseil d'Etat, tout en y ajoutant pour des raisons de logique légistique qu'il s'agit de la loi modifiée du 18 février 1885.

Article 13 (ancien article 4)

Cet article prévoit en son paragraphe (1) une liste limitative d'informations pouvant être reliées aux profils d'ADN lorsqu'ils font l'objet du traitement ADN criminalistique ou ADN condamnés. L'adjonction de ces informations est nécessaire dans la mesure où le profil d'ADN lui-même n'est qu'un code alphanumérique qui ne permet aucune identification lorsqu'il n'est pas relié à une information précise telle que p. ex. le nom ou la date de naissance de l'intéressé.

Compte tenu de sa proposition de restructuration du Chapitre III.– du projet de loi en discussion, le Conseil d'Etat a suggéré de remplacer, sous le point 10, la référence à l'article 5 par la référence à l'article 14.

La Commission a fait sienne la suggestion du Conseil d'Etat.

Article 14 (ancien article 5)

Cet article détermine quelles informations doivent être enregistrées dans le cadre de toute opération de consultation, de comparaison ou de modification de données relatives à un profil d'ADN. Il s'agit notamment du nom de la personne qui a procédé à l'opération donnée, de la date et de l'heure de l'opération. L'enregistrement de ces informations, qui permet de retracer quand, par qui et pour quels motifs un profil d'ADN a fait l'objet d'un traitement, est censé éviter que des données puissent être consultées sans motifs ou pour des motifs non liés à la poursuite d'une infraction. Il s'agit de protéger la confidentialité des traitements de données ADN.

Le Conseil d'Etat a proposé de compléter cet article par un paragraphe (2) qui précise que la consultation de données gérées par des Etats ou encore des organisations ou institutions internationales s'effectue conformément au droit national luxembourgeois, et plus particulièrement en respectant l'obligation d'enregistrement posée par le paragraphe (1) de l'article sous rubrique.

La Commission a suivi l'avis du Conseil d'Etat.

Article 15 (ancien article 6)

En son paragraphe (1), cet article désigne l'autorité responsable du traitement adéquat des données ADN conformément à la finalité des données à caractère personnel.

Le procureur général d'Etat est en principe l'autorité responsable de ces traitements de données. D'autres magistrats peuvent toutefois intervenir pour poser certains actes ou effectuer certaines opérations telle que l'insertion des données dans le traitement criminalistique ou encore l'opération de comparaison. Comme il a été déjà indiqué sous le commentaire de l'article 12, il s'agit de données „judiciaires“ au sens de la loi du 2 août 2002 précitée. Il semble dès lors opportun de désigner comme responsable du traitement de ces données un magistrat, à savoir le procureur général d'Etat.

Il appert comme l'autorité la mieux placée en l'espèce, alors qu'il est déjà responsable de la tenue du casier judiciaire. Il a dès lors l'habitude de manier des informations sensibles et confidentielles.

Le paragraphe (2) prévoit que les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés ne peuvent faire l'objet d'aucune interconnexion ni entre eux ni avec d'autres traitements de données à caractère personnel.

Selon le Conseil d'Etat, ce paragraphe n'apporte aucun effet juridique, de sorte qu'on peut en faire abstraction.

Le Conseil d'Etat a rappelé que la loi du 2 août 2002 précitée a défini l'interconnexion et a ajouté que „(...) la loi en perspective n'en prévoit aucune, de sorte que c'est le droit commun tel qu'il résulte de l'article 16, paragraphe (1) de la loi de 2002 qui s'applique (...)“. Selon le droit commun, toute interconnexion de données doit faire l'objet d'une autorisation préalable de la Commission nationale pour la protection des données. Il en résulte pour le Conseil d'Etat que le paragraphe (2) de l'article 2 tel que prévu par les auteurs du projet de loi est dépourvu d'effets juridiques et qu'il peut partant être supprimé.

La Commission a décidé de maintenir l'article dans sa teneur initiale.

En effet, les banques de données ADN consistent en le traitement ADN criminalistique et le traitement ADN condamnés. Dans le cadre d'une nouvelle enquête préliminaire ou d'une instruction, la comparaison des profils d'ADN est effectuée par le biais d'une interconnexion électronique entre le traitement ADN criminalistique et ADN condamnés. Il s'agit là de l'interconnexion „prévue par la présente loi“, alors que toute interconnexion avec d'autres traitements de données à caractère personnel (comme par exemple celle du Centre Commun de la Sécurité Sociale) est interdite. L'opération technique de la comparaison des profils d'ADN précitée s'analyse, d'un point de vue juridique, comme une interconnexion.

Article 16 (ancien article 7)

Cet article règle la communication des données en relation avec les traitements d'ADN.

Le Conseil d'Etat s'est demandé dans son avis du 23 décembre 2005 si l'article sous rubrique ne mérite pas d'être revu au regard de l'article 3 du Traité de Prüm du 27 mai 2005 relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière. Il est rappelé que l'article 3 dudit Traité institue au profit des Parties contractantes le droit de procéder à une consultation automatisée de leurs fichiers d'analyse d'ADN à l'aide d'une comparaison des profils ADN.

Le Conseil d'Etat a donné à considérer que si les auteurs du projet de loi ont prévu l'hypothèse d'une initiative émanant d'autorités étrangères, le texte tel que initialement proposé ne permet pas une consultation automatisée des fichiers d'analyses ADN gérés à l'étranger par nos propres autorités compétentes. Pour remédier à cette situation et garantir ainsi au Traité de Prüm le plein effet de son article 3, le Conseil d'Etat a suggéré de reformuler le point 3. du texte de l'article sous rubrique qui se lit désormais:

„3. à d'autres Etats, organisations ou institutions internationales, en application de dispositions de droit international.“

La Commission a fait sienne la proposition de la Haute Corporation.

Article 17 (ancien article 16)

Cet article vient modifier et compléter le Code d'instruction criminelle. Il comporte sept points.

1. Le premier point vient insérer au niveau du titre II (Des enquêtes) du Livre Ier (De l'exercice de l'action publique et de l'instruction) du Code d'instruction criminelle un nouveau Chapitre V.– intitulé „Des procédures d'identification par empreintes génétiques“.

A noter que le texte dans sa teneur initiale entendait introduire un nouveau Chapitre IV.– ayant le même libellé. Or, comme la loi précitée du 6 mars 2006 portant entre autres introduction de l'instruction simplifiée a d'ores et déjà introduit un Chapitre IV.– au niveau du Titre II du Livre Ier du Code d'instruction criminelle intitulé: „Des nullités de la procédure d'enquête“, le texte sous rubrique a dû être adapté en ce sens que l'article 17 introduit non plus un Chapitre IV.– mais un Chapitre V.–.

Ce chapitre regroupe sept nouveaux articles numérotés de 48-3 à 48-9 dont le dernier a été ajouté au texte initial conformément à une suggestion du Conseil d'Etat.

Article 48-3 du Code d'instruction criminelle

Cet article fixe les conditions générales auxquelles sont soumis les prélèvements d'ADN en vue de l'établissement d'une empreinte génétique en matière pénale.

Le paragraphe (1) prévoit de manière générale les hypothèses dans lesquelles un profil d'ADN peut être établi aux fins de comparaison avec d'autres profils, à savoir:

- pour identifier des personnes concernées par une des hypothèses prévues aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6), 47-1 et 51 paragraphe (2).

Ainsi, le prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement d'un profil d'ADN est entre autres possible dans l'hypothèse de la rétention d'une personne dans le cadre d'une enquête, en cas de découverte d'un cadavre dans le contexte d'une mort suspecte, en cas de délit ou de crime flagrant, de commission rogatoire ou d'exécution d'un ordre de recherche.

- pour insérer le profil d'ADN d'une personne au traitement ADN condamnés.

Le texte sous rubrique prévoyait dans sa version initiale qu'un profil d'ADN d'une personne pouvait également être établi aux fins de comparaison avec d'autres profils dans le but d'identifier des personnes concernées par une infraction.

Le Conseil d'Etat a recommandé, dans son avis du 23 décembre 2005, l'élimination de ce cas de figure du texte sous rubrique, alors qu'il suscite, en raison de son caractère ambivalent, quelques inquiétudes. Le Conseil d'Etat est d'avis que les autres hypothèses visées par le texte sous rubrique devraient suffire aux objectifs criminalistiques poursuivis.

La Commission a fait sienne la proposition du Conseil d'Etat et a supprimé les termes „*par une infraction*“ après le bout de phrase „*des personnes concernées*“.

A noter encore qu'initialement, le paragraphe (1) ne se référait pas à l'hypothèse de l'article 51, paragraphe (2) qui était mentionné uniquement au niveau du paragraphe (2) de l'article sous rubrique.

Suite à la suggestion du Conseil d'Etat d'évoquer l'article 51, paragraphe (2) également dans le cadre du paragraphe (1) de l'article 48-3 sous revue, la référence à l'article 51, paragraphe (2) a été ajoutée au paragraphe (1) par la Commission.

Le paragraphe (2) de l'article sous examen prévoit les circonstances et les hypothèses dans lesquelles le procureur d'Etat et le juge d'instruction peuvent ordonner le prélèvement d'ADN et l'établissement d'un profil.

Les opérations de prélèvement sont soumises à une condition préalable prévue par le paragraphe (3), exception faite de certaines hypothèses prévues au paragraphe (1). Le prélèvement n'est possible que si des cellules humaines ont été découvertes et recueillies dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire.

Au niveau du paragraphe (3), le Conseil d'Etat a encore recommandé d'écrire „*Sauf dans les hypothèses prévues par les articles (...)*“ plutôt que „*A l'exception des hypothèses prévues par les articles (...)*“.

La Commission a suivi l'avis du Conseil d'Etat et modifié le texte du paragraphe (3) en conséquence.

Article 48-4 du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe (1) de l'article sous rubrique prévoit les trois modalités en vertu desquelles des cellules humaines peuvent être prélevées en vue de l'établissement d'un profil d'ADN. Il s'agit (a) du frottis buccal, (b) de la collecte de bulbe et (c) de la prise de sang.

Dans sa teneur initiale, la disposition sous rubrique prévoyait que le frottis buccal et la collecte de bulbes pileux devaient être effectués par un membre de la police grand-ducale ayant au moins la qualité d'agent de police judiciaire. Pour la prise de sang, la présence d'un médecin était requise. Le texte précisait en outre que „*Le prélèvement de cellules humaines doit toujours être effectué sous la surveillance et en présence d'un officier de police judiciaire.*“

Le Conseil d'Etat, estimant que le prélèvement de cellules humaines requiert systématiquement l'intervention d'un officier de police judiciaire, a proposé de reformuler le texte du paragraphe (1) en ce sens.

La Commission a repris la proposition de texte du Conseil d'Etat.

Le paragraphe (2) vise l'établissement de profils d'ADN sur base de cellules humaines qui ont été découvertes ou recueillies dans toutes les circonstances autres que celle où le prélèvement nécessite une intervention sur le corps d'une personne physique vivante.

Au niveau de ce paragraphe, il échet de remarquer que la référence à „*l'article 9 paragraphe (2)*“ est remplacée par celle à „*l'article 6 paragraphe (2)*“.

Article 48-5 du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe (1) de cet article prévoit la procédure à suivre après que le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ait pris la décision d'effectuer un prélèvement d'ADN et règle partant la situation de la personne concernée par ce prélèvement. Celle-ci doit être informée de la décision prise de prélever sur elle des cellules humaines. Lorsqu'elle est d'accord de se soumettre à un tel prélèvement, la personne concernée doit encore être informée des circonstances des faits faisant l'objet de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire ainsi que du fait qu'elle ait le choix entre les trois modes de prélèvements prévus.

Sur proposition du Conseil d'Etat, la Commission a remplacé au début du paragraphe la formulation „*au sujet de laquelle*“ par „*à l'égard*“. Elle a également substitué la référence aux articles 9 et 11 par celle aux articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (2).

Le paragraphe (2) de l'article sous rubrique exige que l'accord de l'intéressé au prélèvement soit matérialisé par un écrit. Si l'intéressé est mineur et n'a pas encore atteint l'âge de 14 ans révolus, le consentement de son représentant légal est requis. A noter que cette condition d'âge est calquée sur celle requise par un certain nombre d'autres dispositions du Code pénal. Il est généralement admis qu'à partir de l'âge de 14 ans, un mineur dispose d'une maturité suffisante.

La Commission a adopté la proposition du Conseil d'Etat de supprimer le bout de phrase „*conformément aux dispositions du paragraphe précédent*“.

Le projet de loi contenait initialement un paragraphe (3) et un paragraphe (4), paragraphes qui ont été fusionnés sur proposition du Conseil d'Etat en une disposition unique, à savoir le paragraphe (3).

Celui-ci dispose qu'en l'absence de l'accord de la personne concernée, le prélèvement de cellules humaines, à l'exception de la prise de sang, peut être exercé sous la contrainte physique, si cette personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et si ces faits emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.

Dans sa teneur initiale, le projet de loi sous rubrique prévoyait que le prélèvement par contrainte physique était possible, si les faits étaient susceptibles de constituer une infraction punie d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est de deux ans au moins.

Le Conseil d'Etat s'est demandé s'il n'y aurait pas lieu de se référer à une peine correctionnelle et à une peine criminelle plutôt qu'à une peine d'emprisonnement, entre autres pour faire ressortir le caractère exceptionnel des mesures visées.

La Commission s'est ralliée à la suggestion du Conseil d'Etat tout en supprimant dans un premier temps la deuxième référence au terme de „*peine*“.

Le Conseil d'Etat ayant à nouveau insisté, dans son avis complémentaire du 14 février 2006, sur le maintien de la deuxième référence au terme „*peine*“ dans le cadre de l'article sous rubrique, la Commission a décidé de suivre le Conseil d'Etat.

Ce seuil de deux ans permet d'étendre le champ d'application du présent projet de loi à de nombreuses tentatives d'infractions (e.a. tentative de vol avec violences) et infractions prévues par le Code pénal. En procédant de la sorte, l'utilité et l'efficacité du recours aux empreintes génétiques dans les enquêtes pénales sont pleinement assurées. Parallèlement, l'usage et l'utilisation des profils d'ADN constitués sur base des prélèvements de cellules humaines sont strictement encadrés, en prévoyant par exemple des voies de recours à disposition de la personne concernée. Sous les auspices du projet de loi sous rubrique, le profil d'ADN d'une personne innocentée postérieurement à l'établissement dudit profil n'est pas maintenu dans le traitement ADN criminalistique.

A noter que le seuil de deux ans correspond à celui qui est d'ores et déjà prévu pour l'application d'autres moyens de contrainte particulièrement graves tels que par exemple le mandat de dépôt ou les mesures spéciales de surveillance.

Article 48-6 du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe (1) tend à assurer que les analyses et l'établissement du profil d'ADN sont réalisés par des hommes de l'art experts en la matière.

Suite à la suggestion du Conseil d'Etat, la Commission a ajouté que l'expert désigné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction pour établir un profil d'ADN est un expert qualifié au sens de l'article 4, paragraphe (4) du texte sous rubrique. Cet ajout tient compte d'un autre ajout décidé par la Commission à l'endroit de l'article 4.

Le paragraphe (2) détermine avec quelles autres empreintes génétiques le profil d'ADN peut être comparé, alors que le paragraphe (3) établit limitativement les personnes pouvant être habilitées à procéder aux consultations et comparaisons prévues au paragraphe (2).

Le paragraphe (4) prévoit que le résultat de la consultation ou de la comparaison doit être communiqué endéans un délai de deux mois à l'intéressé et qu'un procès-verbal constatant cette communication doit être dressé. A noter que lorsque les intérêts de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire l'exigent, le procureur peut, par décision motivée, porter ce délai à un an. Ce faisant, le paragraphe (4) préserve le principe de l'égalité des armes face au puissant outil d'investigation que constitue les empreintes génétiques et assure le respect des droits de la défense.

Dans son avis du 23 décembre 2005, le Conseil d'Etat a proposé, à l'instar du procureur général d'Etat, de prévoir également au niveau du paragraphe (4) le droit pour l'intéressé de demander une contre-expertise.

La Commission s'est ralliée à la suggestion du Conseil d'Etat. D'après le texte amendé, l'intéressé dispose désormais d'un délai de dix jours pour demander l'établissement d'un profil ADN par un deuxième expert.

A noter que la consécration d'un tel droit contribue également à respecter les droits de la défense et permettra, comme l'a d'ailleurs indiqué à juste titre le procureur général d'Etat, d'éviter que la question de la contre-expertise ne soit systématiquement débattue devant les juridictions de jugement. A noter encore que la contre-expertise est prévue expressément en droit belge.

Article 48-7 du Code d'instruction criminelle

Le paragraphe (1) de cet article vise à rendre obligatoire l'établissement d'une empreinte génétique des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde pour une des infractions limitativement prévues telles que par exemple les infractions d'attentats et de complots visant la famille grand-ducale ou encore la sécurité extérieure et intérieure du pays, voire les infractions de terrorisme ou encore les infractions d'enlèvement de mineurs.

Cette disposition permettra de disposer d'un instrument performant dans la lutte contre les récidivistes commettant des infractions graves portant atteinte à la vie et à l'intégrité physique des personnes.

Concernant la liste des infractions visées, le Conseil d'Etat a proposé de reformuler le point 10 de cette liste et de parler „*d'infractions d'attentat à la liberté individuelle prévues aux articles 434*

à 438 du Code civil“ plutôt que „d’infractions de séquestration“, et ce par référence à l’intitulé du Chapitre IV du Titre VIII du Livre II du Code civil.

La Commission a suivi le Conseil d’Etat.

Le paragraphe (3) prévoit que l’établissement des profils d’ADN est exécuté par le procureur d’Etat ou un magistrat délégué à cette fin.

La Commission suivant la suggestion du Conseil d’Etat a remplacé au niveau de ce paragraphe la référence „aux articles 1er à 3 de la loi visée“ par celle aux articles 2 à 4.

Les personnes condamnées à l’étranger et purgeant tout ou partie de leur peine au Luxembourg, sont assimilées aux personnes condamnées par une juridiction luxembourgeoise d’après le paragraphe (4). Ces personnes sont soumises aux dispositions de l’article 48-7 sous rubrique.

Ces mêmes dispositions s’appliquent également aux personnes dont la condamnation est devenue définitive deux mois après que le texte sous rubrique soit entré en vigueur d’après le paragraphe (5). Cette disposition a été ajoutée par la Commission suite à la proposition du Conseil d’Etat.

Article 48-8 du Code d’instruction criminelle

Les paragraphes (1) et (2) détaillent les informations qui doivent être consignées dans le procès-verbal à dresser lors de chaque prélèvement de cellules humaines. Il s’agit de s’assurer que les circonstances précises du prélèvement d’ADN puissent être retracées ultérieurement. Le paragraphe (3) précise que le procès-verbal en rapport avec une opération de prélèvement ou une découverte de cellules humaines destinées à faire l’objet de l’établissement d’un profil d’ADN est à dresser par un officier de police judiciaire.

Initialement, le paragraphe (1) regroupait toutes les informations devant figurer sur le procès-verbal relatif à chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines. Le paragraphe (2) disposait que les dispositions des articles 48-3 à 48-8 étaient prévues sous peine de nullité. Quant au paragraphe (3), il prévoyait le régime des nullités applicables aux actes posés en matière d’ADN en exécution des articles y afférents au Code d’instruction criminelle.

Dans son avis du 23 décembre 2005, le Conseil d’Etat a estimé qu’il convenait mieux de séparer les dispositions inhérentes au paragraphe (1) de celles reprises aux paragraphes (2) et (3) qu’il y avait lieu de regrouper sous un article 48-9 nouveau, de sorte que l’article 48-8 ne se résume plus qu’aux seules dispositions reprises au paragraphe (1).

Concernant le paragraphe (1), le Conseil d’Etat a estimé qu’il y avait lieu de différencier les hypothèses visées et a proposé de reformuler l’article sous rubrique. Il a suggéré de confier la rédaction du procès-verbal indistinctement tant à un officier de police judiciaire qu’à un agent.

La Commission a fait sienne la proposition de texte du Conseil d’Etat tout en amendant le paragraphe (3). En effet, la Commission a décidé de fusionner les deux alinéas du paragraphe (3) tel que proposé par le Conseil d’Etat. Elle a également décidé de confier la rédaction du procès-verbal aux seuls officiers de police judiciaire et ce, tant dans le cadre d’une opération de prélèvement, que dans le cadre d’une découverte de cellules humaines. Pour la Commission, il importe de minimiser le risque de contamination des traces d’ADN au moment de leur découverte et surtout au moment de leur prélèvement. Il est dès lors primordial de confier certaines opérations particulièrement délicates à des personnes disposant d’une certaine expérience. Or, pour la Commission, un officier de police judiciaire dispose d’une plus grande expérience scientifique et pratique qu’un agent de police judiciaire.

Article 48-9 du Code d’instruction criminelle

Cet article reprend les paragraphes (2) et (3) initiaux de l’article 48-8.

La Commission a remplacé au paragraphe (2) la référence à l’article 48-9 par celle à l’article 48-2, ledit article 48-9 étant devenu en cours de route l’article 48-2. Ce faisant, la Commission tient compte de l’avis du Conseil d’Etat.

2. Les points 2 à 7 entendent modifier diverses dispositions du Code d’instruction criminelle.

Le point 3 entend compléter l’article 40 du Code d’instruction criminelle d’un deuxième paragraphe qui précise que le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique ne peut être effectué que si les faits emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle. Ce point a été remanié sur suggestion du Conseil d’Etat qui tient compte des développements à l’endroit des articles 48-5 et 48-7.

Les autres points n'appellent pas d'observations particulières.

Articles 18 et 19 (anciens articles 17 et 18)

Dans son premier avis complémentaire du 14 février 2006, le Conseil d'Etat a suggéré d'intervir les dispositions finales des deux derniers articles, le dernier article devant comporter la date d'entrée en vigueur plutôt que l'indication de l'intitulé en forme abrégée du texte sous rubrique, une fois celui-ci définitivement adopté.

La Commission a repris la proposition du Conseil d'Etat.

*

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, la Commission juridique recommande à la majorité à la Chambre d'adopter le projet de loi 5356 dans la teneur qui suit:

*

7. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION JURIDIQUE

PROJET DE LOI relatif aux procédures d'identification des empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle

Chapitre I. – *Objet*

Art. 1er. La présente loi règle le recours aux empreintes génétiques en vue de l'identification d'une personne, dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en matière pénale.

Le traitement de ces données est soumis aux prescriptions des articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (1) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Chapitre II. – *De l'établissement des empreintes génétiques*

Art. 2. L'établissement d'un code alphanumérique sur la base de l'analyse de plusieurs marqueurs d'acide désoxyribonucléique (ci-après „profil d'ADN“), effectuée à partir de cellules humaines découvertes ou prélevées conformément aux articles 48-3 à 48-8 du Code d'instruction criminelle, ainsi que le traitement des données à caractère personnel y afférentes doivent être opérés conformément aux dispositions de la présente loi.

Art. 3. (1) Les profils d'ADN sont établis, après l'amplification de l'ADN de cellules humaines par l'application de la réaction polymérase en chaîne, sur base de sept marqueurs d'ADN au moins.

(2) A titre de test complémentaire, l'ADN mitochondrial peut également être établi comme méthode comparative.

(3) Un règlement grand-ducal détermine les marqueurs visés au paragraphe (1) qui sont utilisés, outre les marqueurs des chromosomes X et Y.

Art. 4. (1) Avant de procéder à l'établissement du profil d'ADN proprement dit conformément aux articles 1 et 2, l'expert chargé procède à une description des cellules et à des tests d'orientation préalables pour déterminer la nature et l'origine du matériel biologique.

(2) L'expert compare le profil d'ADN des cellules prélevées avec celui des cellules découvertes. Il adresse à ce sujet un rapport motivé au procureur d'Etat ou au juge d'instruction ayant ordonné l'analyse d'ADN. Ce rapport contient, outre les données contenues dans le procès-verbal de prélève-

ment, la description détaillée des échantillons, les autres tests qui ont éventuellement été effectués, les résultats de l'analyse d'ADN, le résultat de la comparaison des profils d'ADN, une interprétation de la signification de la comparaison et une probabilité statistique qui indique dans quelle mesure l'identification positive diffère d'une correspondance fortuite.

(3) Dans l'hypothèse où aucun résultat n'a été obtenu pour les cellules prélevées ou si le profil d'ADN ne fournit pas assez d'informations pour pouvoir procéder à une comparaison, l'expert informe le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné l'analyse d'ADN des autres techniques qui pourraient être utilisées pour néanmoins pouvoir effectuer éventuellement une comparaison.

(4) Peut seul être désigné comme expert au sens du présent article une personne titulaire d'un diplôme de docteur en médecine, de docteur en sciences pharmaceutiques, de docteur en sciences, de docteur en biotechnologie ou de docteur en bio-ingénierie, d'une part, et qui dispose d'une expérience pratique d'au moins trois ans en matière d'analyse d'ADN, d'établissement et de comparaison de profils d'ADN, d'autre part.

L'expert doit être affecté à un laboratoire disposant d'un service organisé sur une base permanente pour recevoir les traces de cellules.

Les conditions prévues au présent paragraphe sont censées remplies, si l'expert ou le laboratoire ont reçu l'agrément dans un Etat membre de l'Union européenne.

Chapitre III. – Du traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques

Section I. – Du traitement ADN criminalistique

Art. 5. Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN criminalistique“ l'insertion dans un fichier de profils ADN obtenus dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, conformément aux dispositions du code d'instruction criminelle, leur modification, consultation, comparaison, conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du code d'instruction criminelle.

Art. 6. (1) Le traitement d'un profil d'ADN consistant dans l'insertion de ce profil, ou des données y relatives telles que visées à l'article 13, dans le traitement ADN criminalistique est effectué sur décision du procureur d'Etat ou du juge d'instruction ayant ordonné l'établissement du profil d'ADN en cause dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire dont il est saisi.

(2) L'insertion dans le traitement ADN criminalistique d'un profil d'ADN établi sur base de cellules humaines découvertes au sens de l'article 48-4 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, ou d'informations y relatives telles que visées à l'article 13, est effectuée par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction, ou par un officier de police judiciaire agissant sur instruction d'un de ces magistrats.

(3) L'insertion dans le traitement ADN criminalistique d'un profil d'ADN établi sur base de cellules humaines prélevées sur une personne déterminée, volontairement ou sous contrainte physique, est effectuée lorsque la comparaison visée à l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle a été positive. Si le profil d'ADN en cause fait déjà l'objet du traitement ADN criminalistique, les informations y relatives telles que visées à l'article 13 y sont ajoutées.

En cas de comparaison négative, le profil d'ADN n'est pas inséré au traitement ADN criminalistique.

Art. 7. (1) Un profil d'ADN ayant pu être attribué à une personne déterminée ainsi que les informations y relatives peuvent faire l'objet du traitement ADN criminalistique jusqu'au jour où:

1. la personne à laquelle il se rapporte a été acquittée, par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée, pour les faits ayant donné lieu à l'établissement de son profil d'ADN, ou
2. les faits ayant donné lieu à l'établissement du profil d'ADN en cause sont prescrits, ou
3. un délai de 10 ans s'est écoulé après le décès de cette personne.

(2) Toutefois, nonobstant le paragraphe précédent, les informations y visées peuvent néanmoins être maintenues au traitement ADN criminalistique si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une comparaison positive en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire qui justifient le maintien de ces informations au traitement ADN criminalistique.

(3) En cas de condamnation, coulée en force de chose jugée, d'une personne à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde, les données relatives au profil d'ADN de cette personne font l'objet du traitement ADN condamnés visé à la section II.

(4) Le profil d'ADN qui n'a pas pu être attribué à une personne déterminée ne peut plus faire l'objet d'un traitement ADN criminalistique 30 ans après son établissement.

(5) Tout traitement des données faisant l'objet du traitement ADN criminalistique autre que l'insertion, la consultation, la comparaison ou l'ajout d'une des informations visées à l'article 13 doit faire l'objet d'une autorisation du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Section II. – Du traitement ADN condamnés

Art. 8. (1) Il y a lieu d'entendre par „traitement ADN condamnés“ l'insertion dans un fichier de profils ADN de personnes condamnées, conformément aux dispositions du code d'instruction criminelle, leur modification, consultation, comparaison, conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du code d'instruction criminelle.

(2) Sans préjudice de l'article 48-6 paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, ne peuvent faire l'objet du traitement ADN condamnés que:

1. les profils d'ADN faisant partie du traitement ADN criminalistique qui ont pu être attribués à une personne déterminée ayant fait l'objet d'une condamnation définitive à une peine d'emprisonnement ou une peine plus lourde, et
2. les profils d'ADN établis en exécution de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle.

(3) Les profils d'ADN visés au paragraphe précédent sont insérés au traitement ADN condamnés sur décision du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Art. 9. (1) Les profils d'ADN faisant l'objet du traitement ADN condamnés ne sont accessibles à des fins de consultation et de comparaison qu'au procureur d'Etat et au juge d'instruction saisis d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire dans le cadre de laquelle un profil d'ADN a été établi, ainsi qu'aux experts dans l'intérêt des missions leur confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

(2) Tout traitement des données faisant l'objet du traitement ADN condamnés autre que la consultation ou la comparaison doit faire l'objet d'une autorisation préalable du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué par lui à cette fin.

Art. 10. Un profil d'ADN, ainsi que les données à caractère personnel y afférentes, ne peuvent plus faire l'objet du traitement ADN condamnés 10 ans après le décès de la personne à laquelle ces informations se rapportent.

Art. 11. (1) Les dispositions des articles 14, 6, paragraphes (1) et (3), 7, paragraphes (1) à (4), 8, paragraphes (2), 9 paragraphe (1) et 10 sont à observer sous peine de nullité.

(2) Les dispositions des articles 48-2 et 126 à 126-2 du Code d'instruction criminelle sont respectivement applicables aux demandes en nullité des actes posés en application des articles 2 à 10 et 13 à 16 de la présente loi, suivant que l'acte en cause a été posé dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire.

Art. 12. (1) En dehors des hypothèses visées par l'article 11, la personne concernée peut, par simple requête, présenter une demande en nullité d'un acte posé par le procureur général d'Etat en exécution

de la présente loi à la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de son domicile ou du lieu de sa résidence habituelle ou, à défaut, du tribunal d'arrondissement de Luxembourg. Cette requête doit être déposée, sous peine de forclusion, dans un délai de dix jours à partir de la connaissance de l'acte par le requérant. La requête est communiquée au procureur général d'Etat par la voie du greffe qui avise les parties du jour, de l'heure et du lieu de l'audience au moins huit jours à l'avance par lettre recommandée. La personne concernée, son conseil et le ministère public ont seuls le droit d'y assister et de fournir tels mémoires et de faire telles réquisitions, verbales ou écrites, qu'ils jugent convenables. La chambre du conseil statue sur la demande par un jugement qui est susceptible d'appel et d'un recours en cassation.

(2) L'appel est porté devant la chambre du conseil de la cour d'appel. Il est consigné sur un registre tenu à cet effet au greffe du tribunal d'arrondissement dont relève la chambre du conseil. Il doit être formé dans un délai de cinq jours, qui court contre le ministère public à compter du jour de l'ordonnance et contre la personne concernée à compter du jour de la notification de l'ordonnance. Le greffier avertit la partie intimée de la déclaration d'appel dans les vingt-quatre heures de la consignation sur le registre.

(3) La personne concernée, son conseil et le procureur général d'Etat, qui sont avertis par le greffier au moins huit jours à l'avance du jour, de l'heure et du lieu de l'audience, ont seuls le droit d'y assister et de fournir tels mémoires et de faire telles réquisitions, verbales ou écrites, qu'ils jugent convenables.

(4) Les formalités du présent article sont à observer à peine de nullité, sauf si la personne concernée ou son conseil y a renoncé. Les notifications et avertissements visés au présent article se font dans les formes prévues pour les notifications en matière répressive. Un recours en cassation est ouvert selon les modalités prévues par la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

(5) La demande en nullité visée au présent article est irrecevable lorsque le ou les actes argués de nullité ont été posés par ou sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans un des cas prévus à l'article 48-3 paragraphe (1) du Code d'instruction criminelle.

Section III. – Dispositions communes aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés

Art. 13. (1) Les profils d'ADN visés par la présente loi peuvent seulement être traités avec les informations suivantes:

1. le nom complet, la date de naissance et le sexe de la personne sur laquelle les cellules ont été prélevées ou, en cas de cellules humaines découvertes, le lieu exact, la date et l'heure auxquels les cellules humaines ont été découvertes;
2. la référence du dossier de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans le cadre de laquelle le prélèvement a été effectué ou les cellules humaines découvertes;
3. le numéro attribué à l'échantillon de cellules humaines lors de sa remise à l'expert;
4. la désignation exacte du laboratoire et l'identité de l'expert ayant procédé à l'établissement du profil d'ADN;
5. le nom du magistrat ayant ordonné le prélèvement;
6. les faits pour lesquels l'établissement du profil d'ADN a été ordonné;
7. la ou les qualités en vertu desquelles le profil d'ADN d'une personne déterminée a été établi ainsi que, le cas échéant, les dates lors desquelles ces qualités ont changé;
8. les informations relatives aux comparaisons positives qui ont été faites entre le profil d'ADN en cause et d'autres profils d'ADN;
9. pour autant que le traitement ADN condamnés est concerné, la juridiction, la date, les peines et les faits pour lesquels une condamnation a été prononcée;
10. les informations visées à l'article 14.

(2) Un profil d'ADN établi est à considérer comme donnée à caractère personnel, au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, à partir du moment où le code alphanumérique de l'analyse d'ADN a été associé à une information relative à la personne physique en cause permettant de l'identifier.

Art. 14. (1) Lors de chaque consultation d'un profil d'ADN, de chaque comparaison entre plusieurs profils d'ADN ou de chaque modification des données relatives à un profil d'ADN, les informations suivantes doivent être enregistrées:

1. les nom et prénoms de la personne physique ayant procédé à l'opération en cause;
2. la date et l'heure de l'opération;
3. la référence du dossier de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans le cadre de laquelle l'opération a été effectuée.

(2) La consultation de données d'ADN gérées par des Etats, organisations ou institutions internationales s'effectue dans le respect du paragraphe (1) du présent article.

Art. 15. (1) Les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés sont effectués sous la responsabilité du procureur général d'Etat; il peut déléguer l'exercice de ses attributions à un magistrat du parquet général.

(2) Les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés ne peuvent faire l'objet d'aucune interconnexion, entre eux ou avec d'autres traitements de données à caractère personnel, autre que celles prévues par la présente loi.

Art. 16. La communication des données des traitements ADN criminalistique et ADN condamnés est autorisée:

1. aux autorités judiciaires nationales pour tout ce qui est de leur compétence;
2. aux experts dans l'intérêt des missions leur confiées et aux officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction dans le cadre des enquêtes préliminaires et instructions préparatoires dont ces magistrats sont saisis;
3. à d'autres Etats, organisations ou institutions internationales, en application de dispositions de droit international.

Chapitre IV.– Disposition complétant et modifiant le Code d'instruction criminelle

Art. 17. Le Code d'instruction criminelle est respectivement modifié et complété comme suit:

1. Il est inséré au titre II du livre I du Code d'instruction criminelle un chapitre V rédigé comme suit:

„Chapitre V.– Des procédures d'identification par empreintes génétiques

Art. 48-3. (1) Un profil d'acide désoxyribonucléique (ci-après „ADN“) d'une personne ne peut être établi qu'en vue de la comparaison de ce profil avec d'autres profils d'ADN aux fins de pouvoir identifier des personnes concernées par une des hypothèses prévues aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6), 47-1 et 51 paragraphe (2), ainsi qu'aux fins de l'application de l'article 48-7. Dans tous les cas, les profils d'ADN ne peuvent être établis que sur base de segments d'ADN non codants.

(2) Le procureur d'Etat, conformément aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphe (2), 45 paragraphe (6) et 47-1, et le juge d'instruction, conformément aux articles 44 paragraphe (4) et 51 paragraphe (2), peuvent ordonner qu'il soit procédé à un prélèvement de cellules humaines sur une personne aux fins de l'établissement d'un profil ADN de comparaison.

(3) Sauf dans les hypothèses prévues par les articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6) et 48-7, le prélèvement de cellules humaines ne peut être ordonné que si des cellules humaines ont été découvertes et recueillies dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dont le procureur d'Etat ou le juge d'instruction est saisi.

Art. 48-4. (1) Le prélèvement de cellules humaines nécessaire à l'établissement du profil d'ADN s'obtient par frottis buccal, collecte de bulbes pileux ou par une prise de sang. Les deux premiers prélèvements ne peuvent être exécutés que par un officier de police judiciaire alors que la prise de sang ne peut être pratiquée que par un médecin agissant en présence d'un officier de police judiciaire.

(2) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction peuvent également ordonner qu'il soit procédé à l'établissement d'un profil d'ADN sur la base de cellules humaines qui ont été découvertes et recueillies dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dont ils sont saisis. Les profils d'ADN ainsi établis font l'objet des traitements prévus à l'article 48-6 paragraphes (1) à (3) et à l'article 6 paragraphe (2) de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

Art. 48-5. (1) La personne à l'égard de laquelle un prélèvement de cellules humaines a été ordonné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction est informée de cette décision. En cas d'accord de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines, elle doit être informée, préalablement au prélèvement, des circonstances des faits faisant l'objet de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire et notamment du fait qu'elle a le choix entre les trois modalités de prélèvement visées à l'article 48-4, paragraphe (1) et que le profil d'ADN établi sur base du prélèvement effectué sur sa personne fera l'objet des traitements visés à l'article 48-6, paragraphes (1) à (3) du présent Code ainsi qu'aux articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (2) de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

(2) Il est fait mention des informations visées au paragraphe précédent dans l'accord écrit de la personne concernée. Si celle-ci n'a pas encore atteint l'âge de 14 ans révolus, l'accord devra être donné par son représentant légal.

(3) En l'absence d'accord de la personne concernée, le prélèvement peut être exercé sous la contrainte physique si cette personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et si ces faits emportent une peine criminelle ou peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. La contrainte physique est exclue pour la prise de sang. Le refus de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines sera consigné au procès-verbal visé à l'article 48-8.

Art. 48-6. (1) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction désignent un expert qualifié au sens de l'article 4, paragraphe (4) de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale pour établir le profil d'ADN des cellules humaines prélevées.

(2) Le profil d'ADN ainsi établi peut être comparé:

1. avec les autres profils d'ADN dressés dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire dans laquelle le profil d'ADN en cause a été établi, et
2. avec les profils d'ADN des personnes dont le profil a été établi en application des articles 48-3 à 48-5 et qui font l'objet du traitement ADN criminalistique visé par la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale, et
3. avec les profils d'ADN qui font l'objet du traitement ADN condamnés visé par la même loi.

(3) Dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les traitements de données consistant dans la consultation et la comparaison des profils d'ADN sont effectués par le procureur d'Etat ou par le juge d'instruction saisis par une enquête préliminaire ou une instruction préparatoire dans le cadre de laquelle l'établissement d'un profil d'ADN paraît justifié ou a été effectué, ainsi que, sous la responsabilité de ces magistrats, par les experts dans l'intérêt des missions leur confiées et par les officiers de police judiciaire agissant sur instruction du procureur d'Etat ou du juge d'instruction.

(4) Lorsque des cellules humaines ont été prélevées sur une personne déterminée en vue de l'établissement d'un profil d'ADN, volontairement ou sous contrainte physique, le résultat de la comparaison visée au paragraphe précédent est communiqué à l'intéressé endéans les deux mois après que le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné la comparaison en a pris connaissance. Cette communication est effectuée soit par lettre recommandée à la poste, soit verbalement par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction ayant ordonné la comparaison, ou par un officier de police judiciaire agissant sur instruction d'un de ces magistrats. La communication verbale du résultat doit faire l'objet d'un procès-verbal ou d'un acte d'instruction. Sur décision

motivée du procureur d'Etat ou du juge d'instruction ayant ordonné la comparaison en cause, le délai de communication du résultat peut être porté à un an si les intérêts de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire l'exigent. L'intéressé a le droit, endéans un délai de 10 jours à partir de la communication, de demander au procureur d'Etat ou au juge d'instruction l'établissement d'un profil d'ADN par un deuxième expert à désigner conformément aux dispositions du paragraphe 1er.

Art. 48-7. (1) Il sera procédé, au besoin sous contrainte physique, à un prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement d'un profil d'ADN sur chaque personne qui a été condamnée par une décision judiciaire coulée en force de chose jugée à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde pour:

1. les infractions d'attentats et de complots visant la personne du Grand-Duc, la famille grand-ducale, la forme du Gouvernement ainsi que la sûreté extérieure et intérieure du Grand-Duché de Luxembourg, prévues aux articles 101 à 133 du Code pénal;
2. les infractions de terrorisme prévues aux articles 135-1 à 135-6 du Code pénal;
3. les infractions de torture prévues aux articles 260-1 à 260-4 du Code pénal;
4. les infractions d'association de malfaiteurs et de participation à une organisation criminelle prévues aux articles 322 à 325 du Code pénal;
5. les infractions d'enlèvement de mineurs prévues aux articles 364 à 371-1 du Code pénal;
6. les infractions d'attentat à la pudeur et de viol prévues aux articles 372 à 378 du Code pénal;
7. les infractions relatives à la prostitution, à l'exploitation et à la traite des êtres humains prévues aux articles 379 et 379bis du Code pénal;
8. l'infraction sexuelle en relation avec des mineurs prévue à l'article 384 du Code pénal;
9. les infractions de meurtre, assassinat, parricide, infanticide, empoisonnement, homicide volontaire non qualifié de meurtre, et de coups et blessures volontaires prévues aux articles 393 à 409 du Code pénal;
10. les infractions d'attentat à la liberté individuelle prévues aux articles 434 à 438 du Code pénal;
11. l'infraction de prise d'otages prévue à l'article 442-1 du Code pénal;
12. les infractions de vol et d'extorsion prévues aux articles 467 à 476 du Code pénal;
13. les infractions relatives aux incendies volontaires prévues aux articles 510 à 520 du Code pénal;
14. les infractions prévues par la loi du 8 août 1985 portant répression du génocide.

(2) La décision de placement prononcée conformément à l'article 71 du Code pénal pour une des infractions visées au paragraphe (1) est assimilée, pour les besoins de l'application du présent article, à une condamnation pour cette infraction.

(3) L'établissement des profils d'ADN en exécution du présent article est effectué sous l'autorité du procureur général d'Etat ou du magistrat délégué à cette fin, conformément aux articles 48-3 paragraphe (1), 48-4 paragraphe (1), 48-5, 48-6 paragraphe (1) et 48-8 paragraphe (1), ainsi qu'aux articles 2 à 4 de la loi du *[date de la présente loi]* relative aux empreintes génétiques en matière pénale.

(4) Les dispositions du présent article s'appliquent également aux personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation prononcée par une juridiction étrangère et qui purgent tout ou partie de leur peine sur le territoire luxembourgeois, lorsque la condamnation prononcée remplit les conditions prévues par le paragraphe (1) du présent article. Pour déterminer si la personne concernée a été condamnée pour une des infractions visées au paragraphe (1), les faits pour lesquels la condamnation a été prononcée sont pris en considération alors même que, d'après la loi luxembourgeoise et la loi de l'Etat de condamnation, l'infraction n'est pas qualifiée par une terminologie identique ou similaire et qu'il n'y a pas de concordance des éléments constitutifs des infractions dans les droits luxembourgeois et étranger.

(5) Les dispositions du présent article s'appliquent aux personnes dont la condamnation est devenue définitive après le 31 octobre 2006.

Art. 48-8. (1) Lors de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN, un procès-verbal doit être dressé indiquant:

1. le lieu, la date et l'heure auxquels ces opérations ont eu lieu;
2. l'identité et les qualités de la personne qui y a procédé;
3. les conditions dans lesquelles le prélèvement ou la découverte ont été effectués;
4. les conditions dans lesquelles les cellules humaines ont été conservées;
5. la référence du dossier correspondant de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire en cause.

(2) Dans le contexte du prélèvement, le procès-verbal doit en outre fournir des informations concernant:

1. l'accord ou le refus de la personne concernée, respectivement de son représentant légal, de s'y soumettre;
2. les nom, prénoms, date et lieu de naissance et sexe de la personne concernée;
3. dans le cadre de l'application de l'article 48-7, la référence à la condamnation pénale en cause ainsi qu'à la décision du procureur général d'Etat de procéder au prélèvement.

(3) Le procès-verbal en rapport avec une opération de prélèvement ou une découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN est à dresser par un officier de police judiciaire.

Art. 48-9. (1) Les dispositions des articles 48-3 à 48-8 sont à observer sous peine de nullité.

(2) Les dispositions des articles 48-2 et 126 à 126-2 sont respectivement applicables aux demandes en nullité des actes posés en application des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 suivant que l'acte en cause a été posé dans le cadre d'enquête préliminaire ou dans le cadre d'une instruction préparatoire.“

2. L'article 39 paragraphe (4) du Code d'instruction criminelle est modifié comme suit:

„(4) Le procureur d'Etat peut ordonner les opérations nécessaires à l'identification de la personne retenue et notamment la prise d'empreintes digitales et de photographies, ainsi que le prélèvement de cellules humaines aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN, conformément aux articles 48-3 à 48-6 et 48-8.“

3. L'article 40 du Code d'instruction criminelle est complété par une 2ème phrase rédigée comme suit:

„Toutefois, le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN ne peut être effectué que si les faits emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.“

4. Les paragraphes (2) et (4) de l'article 44 du Code d'instruction criminelle sont complétés respectivement par les phrases suivantes:

„(2) (...) Le procureur d'Etat ordonne toutes les mesures nécessaires aux fins de l'identification du cadavre. A cette fin, les dispositions prévues aux articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8 sont applicables.

(4) (...) Dans ce cas, le juge d'instruction pourra procéder conformément aux articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8.“

5. Le paragraphe (6) de l'article 45 du Code d'instruction criminelle est complété par un 4ème alinéa, rédigé comme suit:

„Dans les cas prévus à l'alinéa 2 du présent paragraphe, le procureur d'Etat peut également ordonner qu'il soit procédé au prélèvement de cellules humaines afin d'établir un profil d'ADN, sous condition que cette mesure soit impérativement nécessaire à l'établissement de l'identité de la personne interpellée. Les dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 sont alors applicables.“

6. Il est inséré au Code d'instruction criminelle un article 47-1 rédigé comme suit:

„**Art. 47-1.** (1) Sur ordre du procureur d'Etat, l'officier de police judiciaire peut demander à toute personne son accord écrit et préalable pour effectuer sur sa personne un prélèvement de cellules

humaines aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN de comparaison. En cas d'accord de la personne concernée, il est procédé conformément aux articles 48-3 à 48-6 et 48-8.

(2) Sur ordre du procureur d'Etat et avec l'accord de la personne chez laquelle l'opération a lieu, l'officier de police judiciaire peut également, dans les formes prévues à l'article 33, procéder à la saisie de cellules humaines découvertes. Les dispositions des articles 48-4 paragraphe (2) et 48-8 sont alors applicables.“

7. A l'article 51 du Code d'instruction criminelle, il est inséré après le paragraphe (1) le paragraphe (2) suivant, le paragraphe (2) actuel devenant ainsi le paragraphe (3):

„(2) Le juge d'instruction peut également procéder, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, conformément aux dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8.“

Chapitre V.– Dispositions finales

Art. 18. La référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du [date de la présente loi] relative aux empreintes génétiques en matière pénale“.

Art. 19. La présente loi entre en vigueur le 31 octobre 2006.

Luxembourg, le 31 mai 2006

La Rapportrice,
Christine DOERNER

Le Président,
Patrick SANTER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5356/09

N° 5356⁹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI

**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

CORRIGENDUM

Dans le document parlementaire No 5356⁸, à la page 26, Art. 48-5. (3), troisième ligne, il y a lieu de lire: „... si ces faits emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle ...“

Service Central des Imprimés de l'Etat

5356/10

N° 5356¹⁰

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2005-2006

PROJET DE LOI

**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

* * *

**DISPENSE DU SECOND VOTE CONSTITUTIONNEL
PAR LE CONSEIL D'ETAT**

(14.7.2006)

Le Conseil d'Etat,

appelé par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 30 juin 2006 à délibérer sur la question de dispense du second vote constitutionnel du

PROJET DE LOI

**relatif aux procédures d'identification par
empreintes génétiques en matière pénale et portant modification
du Code d'instruction criminelle**

qui a été adopté par la Chambre des députés dans sa séance du 28 juin 2006 et dispensé du second vote constitutionnel;

Vu ledit projet de loi et les avis émis par le Conseil d'Etat en ses séances des 23 décembre 2005 et 14 février 2006 et 2 mai 2006;

se déclare d'accord

avec la Chambre des députés pour dispenser le projet de loi en question du second vote prévu par l'article 59 de la Constitution.

Ainsi décidé en séance publique du 14 juillet 2006.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES

Service Central des Imprimés de l'Etat

Document écrit de dépôt



pl 5356

I-2005-0-11-
0193-01 (125)

Luxembourg, le 28 juin 2006

Dépôt: Madame Colette Flesch

12

MOTION

La Chambre des Députés,

considérant le projet de loi relatif aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle,

considérant les avis du Procureur général d'Etat des 14 janvier 2005 et 14 février 2006,

considérant l'avis du Conseil d'Etat du 23 décembre 2005,

invite le Gouvernement à

se prononcer de façon claire et définitive au sujet de la création d'un Institut de Médecine Légale,

veiller à assurer la qualité des prélèvements, la rigueur scientifique des analyses, l'adaptation des conditions de conservation et de préservation des prélèvements, la mise en place de l'outil informatique approprié assurant les traitements ADN criminalistique et condamnés,

faire rapport à la Chambre des Députés sur les progrès réalisés et les résultats obtenus dans ces domaines lors des débats sur le budget 2008.

Fusch

P. J. Hen

Fusch

5356

MEMORIAL
Journal Officiel
du Grand-Duché de
Luxembourg



MEMORIAL
Amtsblatt
des Großherzogtums
Luxembourg

RECUEIL DE LEGISLATION

A — N° 163

8 septembre 2006

S o m m a i r e

EMPREINTES GENETIQUES EN MATIERE PENALE

Loi du 25 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle..... page [2984](#)