

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, 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 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 cité 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 génétique*³.

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 infraction prévue 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'acquittement 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'acquittement 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 disqualification 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.

Finalement, 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'écarter 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'écarter 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.

