

N° 5636¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2006-2007

PROJET DE LOI**concernant la disparition des personnes et
portant modification du Code d'instruction criminelle**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(6.3.2007)

Par dépêche du 6 novembre 2006, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat pour avis du projet de loi concernant la disparition des personnes et portant modification du Code d'instruction criminelle, élaboré par le ministre de la Justice.

Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous avis a comme objectif principal, d'après l'exposé des motifs, „*de combler une lacune dans notre législation pénale concernant les disparitions*“. Il s'agit, plus précisément, de permettre au procureur d'Etat de mettre en œuvre les instruments de l'enquête en cas de „*crimes et délits flagrants*“, prévus aux articles 31 et suivants du Code d'instruction criminelle, dans l'hypothèse de disparition de certaines personnes.

Ainsi que les auteurs du projet de loi le soulignent, „*une disparition en soi n'est pas ipso facto révélatrice d'une infraction*“ et „*n'intéresse pas obligatoirement la justice pénale*“. Aussi s'impose-t-il de créer une base juridique particulière permettant au procureur d'Etat d'agir dans un domaine dans lequel sa compétence n'est pas „*ab initio*“ établie. Conférer cette compétence spécifique au procureur d'Etat et lui permettre d'agir comme en cas de flagrance se justifie, outre par des raisons pratiques, par la considération qu'il s'agit d'établir les causes de la disparition, concrètement de rechercher si la disparition trouve son origine dans une infraction pénale ou non.

Deux groupes de personnes sont visés par les dispositions que le projet de loi sous rubrique entend introduire dans le Code d'instruction criminelle, les mineurs et majeurs protégés ainsi que les majeurs dont la disparition présente un caractère inquiétant ou suspect.

Pour la formulation des nouvelles compétences du procureur d'Etat, les auteurs du projet de loi se sont inspirés de la loi française No 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, ayant introduit l'article 74-1 dans le Code de procédure pénale français.

Les pouvoirs particuliers qu'il est envisagé de conférer au procureur d'Etat pour découvrir une personne disparue doivent également lui être reconnus quand il s'agit d'identifier un cadavre et de découvrir les causes du décès et encore en cas de découverte d'une personne grièvement blessée.

Il y aura lieu d'observer un strict parallélisme au niveau des pouvoirs du procureur d'Etat et du juge d'instruction dans les trois cas de figure. Ce parallélisme devra se traduire par une formulation des textes aussi proche que possible.

Ainsi qu'il sera précisé dans le cadre de l'examen des articles, le projet de loi ne respecte pas, sur tous les points, cet impératif de parallélisme, ce qui amène le Conseil d'Etat à proposer une nouvelle articulation et une nouvelle formulation des textes.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1er (2 selon le Conseil d'Etat)

L'article 1er du projet de loi vise à modifier le paragraphe 2 de l'article 44 du Code d'instruction criminelle, modifié en dernier lieu par la loi du 25 août 2006 relative aux procédures d'identification par empreintes génétiques en matière pénale et portant modification du Code d'instruction criminelle.

Cette loi avait introduit, dans l'article 44, paragraphe 2, le texte suivant: „*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*“.

Le projet de loi revient sur cette modification toute récente pour la remplacer par le texte suivant: „*Durant les constatations sur place, il (le procureur d'Etat) peut procéder à la saisie de tous objets, documents et effets utiles à la manifestation de la vérité.*“ Par ailleurs, la phrase „*Le procureur d'Etat ordonne toutes les mesures nécessaires aux fins de l'identification du cadavre*“, qui figurait déjà dans le paragraphe 2 de l'article 44, dans sa version antérieure à la loi du 25 août 2006, et qui avait été maintenue par cette loi, est supprimée.

Le Conseil d'Etat a du mal à saisir les raisons d'être de la suppression de ces dispositions qui n'est d'ailleurs pas autrement expliquée dans l'exposé des motifs.

Dans le souci de déterminer, avec plus de précision, les pouvoirs du procureur d'Etat et d'assurer le parallélisme de ses pouvoirs dans les trois cas de figure visés dans le projet de loi, à savoir la disparition, la découverte d'un cadavre et la découverte d'une personne grièvement blessée, le Conseil d'Etat propose une adaptation des textes.

Dans cet ordre d'idées, le Conseil d'Etat suggère de régler, d'abord, la question de la disparition et d'insérer, dans le Code d'instruction criminelle, un article 43-1, au lieu d'un article 44-1. L'article 44, couvrant les hypothèses de la découverte d'un cadavre et de la découverte d'une personne grièvement blessée, suivra le texte sur les disparitions et pourra utilement faire référence aux attributions du procureur d'Etat en cas de disparition.

La référence aux pouvoirs du procureur d'Etat en cas de disparition devrait également englober l'ouverture par le procureur d'une information au sens de l'alinéa 2 du nouvel article 44-1 (nouvel article 43-1 dans la proposition du Conseil d'Etat) et consacrer le principe de l'interruption de la prescription de l'action publique, au sens du troisième alinéa de ce nouvel article.

Le Conseil d'Etat propose, en outre, de prévoir expressément que les pouvoirs du procureur d'Etat ainsi précisés sont mis en œuvre non seulement aux fins d'identifier le cadavre, comme le prévoit le texte actuel, mais aussi de rechercher les causes du décès, dans la logique de ce qui est indiqué dans la première phrase de l'article 44, paragraphe 2.

Enfin, la référence aux articles 48-4, paragraphe 2, et 48-8 sur l'établissement du profil d'ADN n'a pas lieu d'être éliminée.

Dès lors que le droit du procureur d'Etat de requérir une information, dans le cas de la découverte d'un cadavre, est établi par référence aux pouvoirs qui sont les siens en cas de disparition, la première phrase du quatrième paragraphe actuel de l'article 44 devient superflue.

La deuxième phrase de ce paragraphe peut également valablement être supprimée, dès lors que, dans le nouvel article 53-1, que le projet de loi vise à insérer dans le Code d'instruction criminelle, il est fait mention, pour les trois hypothèses de la disparition, de la découverte d'un cadavre et de la découverte d'une personne grièvement blessée, de l'identification par empreintes génétiques.

Le Conseil d'Etat proposera, à la fin de cet avis, une version nouvelle de cette disposition.

Article 2 (3 selon le Conseil d'Etat)

Cet article ajoute à l'article 44 du Code d'instruction criminelle un paragraphe 5 prévoyant que les dispositions des paragraphes précédents s'appliquent également en cas de découverte d'une personne grièvement blessée.

Le texte proposé est la reprise pure et simple du dernier alinéa de l'article 74 du Code de procédure pénale français sur la découverte d'un cadavre. Il s'agit, notamment, de couvrir les hypothèses où les blessures de la personne en cause sont telles qu'elle est dans l'impossibilité de donner des renseignements sur son identité et sur l'origine des blessures.

Il va de soi que le renvoi aux dispositions des paragraphes précédents vise les textes complétés et réarticulés, tels que proposés par le Conseil d'Etat.

Sous ces réserves, le Conseil d'Etat marque son accord avec cet article.

Article 3 (1er selon le Conseil d'Etat)

L'article 3 constitue la disposition principale du projet de loi. Cet article introduit dans le Code d'instruction criminelle un nouvel article 44-1 (43-1 dans la proposition du Conseil d'Etat) appelé à déterminer les compétences du procureur d'Etat pour élucider les causes de la disparition d'une personne. Le texte proposé est directement inspiré de l'article 74-1 du Code de procédure pénale français, tel qu'introduit dans ce code par la loi française du 9 septembre 2002, précitée.

Le nouvel article 44-1 (43-1 dans la proposition du Conseil d'Etat) distingue entre deux hypothèses de disparition qui justifient l'intervention du procureur d'Etat, dans la mesure où elles apparaissent, *a priori*, comme suspectes parce que anormales. Il s'agit, d'un côté, de la disparition de mineurs et de majeurs protégés, de l'autre, de la disparition de majeurs non protégés, si la disparition présente un caractère inquiétant ou suspect.

Tout comme l'article 74-1 du Code de procédure pénale français, le nouveau texte luxembourgeois omet de définir le concept de disparition dont l'existence, au cas par cas, est laissée à la libre appréciation du procureur d'Etat saisi. Pour l'application de cette notion, le procureur d'Etat pourra utilement s'inspirer de l'article 112 du Code civil qui définit comme présumée absente une personne „*qui a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on ait eu de nouvelles ...*“. Il va de soi que le procureur d'Etat devra apprécier, au cas par cas, à partir de quel moment on peut considérer qu'une personne a disparu.

Pour les mineurs et majeurs protégés, les moyens d'action de l'enquête dite de flagrance peuvent être déclenchés, dès que la disparition „*vient d'intervenir ou d'être constatée*“, sans délai d'attente et sans que le caractère suspect de la disparition ne doive être spécifiquement relevé. La raison d'être de ce mécanisme réside dans la volonté des auteurs du projet de loi de protéger des personnes bénéficiant d'un statut légal particulier en raison de leur vulnérabilité physique ou mentale.

Pour les majeurs non protégés, le procureur d'Etat ne peut agir que si la disparition présente „*un caractère inquiétant ou suspect, eu égard aux circonstances, à l'âge de l'intéressé ou à son état de santé*“.

L'articulation entre les concepts „*inquiétant*“ et „*suspect*“, repris de la disposition correspondante française, n'est pas des plus claires, même si l'on peut admettre que le terme suspect renvoie plus directement à la suspicion d'une infraction pénale. Alors que les critères de l'âge et de la santé constituent des données objectives, qui rapprochent les hypothèses de disparition visées de celles des mineurs ou majeurs protégés, la qualification d'une disparition comme suspecte selon les circonstances exige, de la part du procureur d'Etat, la constatation d'éléments de nature à soupçonner l'existence d'une infraction.

Quels que soient les critères d'interprétation de ces notions, il faut admettre que le déclenchement d'une enquête relève du pouvoir d'appréciation du procureur d'Etat et qu'un particulier intéressé ne pourra ni obliger le procureur d'Etat d'agir ni contester une action de sa part.

Le but affirmé du nouveau texte est de permettre au procureur d'Etat d'utiliser l'ensemble des moyens d'action qui lui sont reconnus au titre de l'enquête dite de flagrance.

L'article 44-1 (43-1 dans la proposition du Conseil d'Etat) ajoute que le procureur d'Etat peut requérir l'ouverture d'une information, même s'il ne dispose pas, à ce stade de l'enquête, d'éléments plus concrets quant à l'existence d'une infraction pénale. En outre, les actes que le procureur est amené à poser, au titre de cette compétence spéciale, interrompent la prescription de l'action publique, même si l'infraction ne vient à être découverte que plus tard.

Au cinquième alinéa du nouvel article 44-1 (43-1 dans la proposition du Conseil d'Etat), les auteurs du projet de loi entendent régler une question sur laquelle le Code de procédure pénale français reste muet, à savoir la communication à des tiers intéressés de l'adresse d'un majeur non protégé disparu qui vient à être découvert à la suite d'une enquête menée par le procureur d'Etat.

Rappelant les principes de la liberté individuelle et du respect de la vie privée, les auteurs du projet de loi exposent, à juste titre, que „*il appartient en principe au majeur non protégé de donner à cette communication son accord ou de la refuser*“. Ils considèrent toutefois que cette communication peut avoir lieu toutes les fois qu'un „*intérêt légalement protégé*“ (d'un tiers) prime celui du disparu.

Cette disposition soulève des difficultés, à la fois au niveau des principes en cause et au niveau de son application pratique.

Que signifie le concept d'„intérêt légalement protégé“ invoqué par le tiers? Si l'on peut suivre les auteurs du projet de loi quand ils visent l'hypothèse d'un commerçant en état de faillite ou du débiteur d'une pension alimentaire, on peut s'interroger sur le cas d'un débiteur „classique“ qui essaie de se soustraire aux créanciers. Comme le créancier dispose d'une action en justice, au titre du droit civil, ne peut-il pas faire valoir un intérêt légalement protégé? Le droit d'une personne „découverte“ de refuser de révéler son adresse à un tiers intéressé n'est-il pas réduit à une portion congrue? Selon quels critères le procureur d'Etat pourra-t-il „arbitrer les intérêts contradictoires“, pour reprendre les termes de l'exposé des motifs? Se pose en outre un problème d'articulation entre le droit pénal et le droit civil. Les instruments de la procédure pénale et les prérogatives du procureur d'Etat sont justifiés par la finalité de la sauvegarde de l'ordre public, de la recherche et de la poursuite des infractions pénales. La procédure pénale n'a pas à être „activée“ pour la défense d'intérêts patrimoniaux particuliers. Enfin, l'intérêt légalement protégé du tiers n'est pas sauvegardé dans tous les cas, dès lors que l'enquête du parquet n'est déclenchée qu'en cas de disparition reconnue comme suspecte. Si le majeur non protégé „disparaît“ de façon évidente pour se soustraire à ses obligations légales, le procureur d'Etat ne peut, de toute façon, pas agir.

Si le tiers intéressé établit qu'il est victime d'une infraction pénale de la part d'un auteur qui a disparu, la découverte de cette personne pourra entraîner une action publique de la part du ministère public avec révélation de l'adresse de l'auteur des faits incriminés aux victimes. L'hypothèse de l'abandon de famille visée par les auteurs du projet est ainsi couverte. De même, on peut admettre que le procureur d'Etat confirme que le „disparu“ est en vie, sans pour autant être en mesure de révéler son adresse, ce qui couvre l'hypothèse de la production d'un „certificat de vie“ aux fins d'une procédure en matière de droit de la famille.

Le Conseil d'Etat considère que la question de la communication de l'adresse du disparu renvoie au problème plus général de l'accès au dossier pénal ou de la communication d'une décision pénale sur demande d'un tiers invoquant un intérêt. Cette question, qui revêt une importance réelle, trouve, pour l'heure, sa réponse dans un texte ancien, à savoir le décret modifié du 18 juin 1811 contenant règlement pour l'administration de la justice en matière criminelle, de police correctionnelle et de simple police, et tarif général des frais, communément appelé Tarif criminel. L'article 56 de ce décret dispose que „en matière correctionnelle et de simple police, aucune expédition ou copie de pièces de la procédure ne pourra être délivrée aux parties sans une autorisation expresse du procureur général“. Le procureur général d'Etat prend une décision en fonction des intérêts en cause. Ce texte est également appliqué pour la communication de certaines pièces d'une procédure pénale, y compris, en l'occurrence, l'adresse d'un majeur non protégé qui a été découverte à la suite d'une enquête déclenchée en raison du caractère inquiétant ou suspect de sa disparition. Le Conseil d'Etat considère que cette question est à régler dans un texte à portée générale.

Ainsi que le Conseil d'Etat l'a déjà relevé, lors de l'analyse des deux articles précédents, il propose une nouvelle articulation des textes en réglant la question des disparitions dans un nouvel article 43-1 du Code d'instruction criminelle. Logiquement, l'article 3 du projet actuel devra devenir l'article 1er du projet de loi tel que modifié par le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat considère que, pour simplifier un texte déjà très complexe, il peut être fait abstraction de l'incidente que les officiers de police judiciaire sont assistés des agents de police judiciaire. En effet, l'article 13, paragraphe 2 du Code d'instruction criminelle dispose que „Les agents de police judiciaire ont pour mission: 1° „de seconder, dans l'exercice de leurs fonctions, les officiers de police judiciaire“ “.

En vue d'assurer un parallélisme des pouvoirs du procureur d'Etat pour les trois cas de figure envisagés, à savoir la disparition, la découverte d'un cadavre et la découverte d'une personne grièvement blessée, il y a lieu de permettre également, dans l'hypothèse de la disparition, le recours aux procédures d'identification par empreintes génétiques. Une référence aux articles 48-4, paragraphe 2, et 48-8 du Code d'instruction criminelle doit dès lors figurer dans l'article 43-1.

Article 4

Cet article vise à insérer dans le Code d'instruction criminelle un nouvel article 53-1 étendant les pouvoirs que le juge d'instruction tient en vertu du chapitre Ier du titre III du livre Ier, aux hypothèses de la disparition d'une personne, de la découverte d'un cadavre ou d'une personne grièvement blessée.

Dans la suite de la nouvelle articulation des textes, il faudra remplacer la référence à l'article 44-1 par une référence à l'article 43-1 du Code d'instruction criminelle.

Dans la logique de la suppression du paragraphe 4 de l'article 44, il y a lieu de prévoir que le juge d'instruction peut procéder à l'établissement de profils ADN.

Le dernier alinéa du nouvel article 53-1 relatif à la communication de l'adresse du disparu par le juge d'instruction (si ce texte est maintenu) est à adapter sur le texte de l'alinéa 5 du nouvel article 43-1.

Suit le texte proposé par le Conseil d'Etat.

*

PROJET DE LOI
concernant la disparition des personnes et
portant modification du Code d'instruction criminelle

Art. 1er. Un nouvel article 43-1 est ajouté au Code d'instruction criminelle:

„**Art. 43-1.** Lorsque la disparition d'un mineur ou d'un majeur protégé vient d'intervenir ou d'être constatée, les officiers de police judiciaire peuvent, sur instructions du procureur d'Etat, procéder aux actes prévus par les articles 31 à 41 du présent chapitre aux fins de découvrir la personne disparue. A l'issue d'un délai de vingt-quatre heures à compter des instructions du procureur d'Etat, ces investigations peuvent se poursuivre dans les formes de l'enquête préliminaire.

Le procureur d'Etat peut également procéder conformément aux articles 48-4, paragraphe 2, et 48-8. Il peut requérir l'ouverture d'une information pour recherche des causes de la disparition.

Sans préjudice des dispositions relatives à la prescription de l'action publique, les actes visés aux alinéas précédents interrompent la prescription de l'action publique.

Les dispositions des alinéas 1 à 3 du présent article sont également applicables en cas de disparition d'un majeur présentant un caractère inquiétant ou suspect eu égard aux circonstances, à l'âge de l'intéressé ou à son état de santé.“

Art. 2. L'article 44, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle est modifié comme suit:

„(2) Le procureur d'Etat se rend sur place s'il le juge nécessaire et se fait assister de personnes capables d'apprécier la nature des circonstances du décès. Il peut, toutefois, déléguer aux mêmes fins un officier de police judiciaire de son choix. Le procureur d'Etat dispose des pouvoirs visés aux alinéas 1 et 2 de l'article 43-1 aux fins d'identifier le cadavre et de découvrir les causes du décès. Les alinéas 2 et 3 de l'article 43-1 s'appliquent.“

Art. 3. Le paragraphe 4 actuel de l'article 44 du Code d'instruction criminelle est supprimé et remplacé par la disposition suivante:

„(4) Les dispositions des trois paragraphes qui précèdent sont également applicables en cas de découverte d'une personne grièvement blessée lorsque la cause de ses blessures est inconnue ou suspecte.“

Art. 4. Un nouvel article 53-1 est ajouté au Code d'instruction criminelle, libellé comme suit:

„**Art. 53-1.** Pendant le déroulement de l'information pour l'identification du cadavre ou la recherche des causes de la mort, des blessures ou d'une disparition mentionnées aux articles 43-1 et 44, le juge d'instruction procède conformément aux dispositions du chapitre Ier du titre III du livre Ier. Il peut également procéder conformément aux articles 48-4, paragraphe 2, et 48-8.“

Ainsi délibéré en séance plénière, le 6 mars 2007.

Le Secrétaire général,
Marc Besch

Le Président,
Pierre Mores

