

N° 5356³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2005-2006

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

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(23.12.2005)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, en date du 2 juin 2004, le Conseil d'Etat fut saisi pour avis du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet proprement dit étaient joints l'exposé des motifs et le commentaire des articles.

L'avis de la commission nationale pour la protection des données fut transmis au Conseil d'Etat le 19 novembre 2004, suivi, le 27 janvier 2005, par l'envoi de la prise de position du Procureur général d'Etat sur le projet de loi concerné.

*

Suivant son exposé des motifs, le projet de loi sous examen tend à „renforcer les moyens de lutte contre la criminalité en conférant une base juridique adéquate à l'établissement de profils d'„ADN“ – abréviation consacrée pour désigner en science génétique l'acide désoxyribonucléique – et aux traitements des données y relatives, conformément aux principes relatifs au traitement de données à caractère personnel“. Cette lutte ne se cantonne d'ailleurs pas au seul territoire national. Aussi les profils d'ADN peuvent-ils également servir à combattre le terrorisme international et la criminalité transfrontalière. Le projet de loi *No 5514* portant, entre autres, approbation du Traité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, signé à Prüm le 27 mai 2005, projet déposé à la Chambre des députés le 15 novembre 2005, en constitue une illustration parlante. A cet égard il peut plus particulièrement être renvoyé au Chapitre 2 – Profils ADN, données dactyloscopiques et autres données – dudit traité.

Le recours aux empreintes génétiques est censé contribuer à la recherche de la vérité en matière pénale en permettant, pour le dire en termes non juridiques, tout aussi bien de disculper des innocents que de confondre des coupables. Les mesures prévues s'effectuent „dans l'intérêt de la manifestation de la vérité“. (Voir formulation des articles 48-6, paragraphe (3) et 51, paragraphe (2) nouveaux du CIC telle que proposée par les auteurs du projet sous revue.)

Dans cette optique, le magistrat procédera en se laissant guider par sa seule intime conviction qu'il assiera sur tous les éléments de preuve à sa disposition. C'est en effet le principe de la liberté des preuves qui prévaut en la matière et les empreintes génétiques sont de nature à constituer en l'occurrence une espèce de preuve parmi d'autres. Elément important de l'enquête judiciaire, l'analyse d'ADN n'en constitue pas moins un facteur à portée relative. Elle ne fournit pas une preuve absolue mais établit un fait matériel dont l'importance peut, selon le cas et le contexte, se révéler déterminante ou négligeable.

Autres détails importants à mettre en exergue dans ce contexte et décrits en ces termes par le député français Christian Cabal dans son rapport évoqué à l'exposé des motifs du projet de loi sous rubrique (voir *Doc. parl. No 5356, sess. ord. 2003-2004, p. 11, note 7*):

„– plus nombreux sont les sites polymorphes qui font apparaître une concordance entre un échantillon probatoire (recueilli sur le lieu d'une infraction) et un échantillon connu (prélevé sur le suspect), moins il est probable que l'échantillon probatoire provienne d'un individu différent.

- La non-concordance constatée sur un seul site polymorphe conduit à écarter de façon absolue l'individu dont le profil ADN est confronté à celui de l'échantillon probatoire. L'inclusion s'apprécie en termes de probabilité, l'exclusion en termes de certitude."

Les auteurs du projet de loi sous avis ont pris soin de préciser que seule la partie „non codante“ de l'ADN sera recueillie dans le cadre de l'administration de la preuve criminalistique, de sorte que l'objectif visé consiste dans l'identification génétique d'une personne et non pas dans la collecte de ses caractéristiques génétiques. Il s'agira d'„établir (le) *profil* et non pas (le) *code* génétique“ d'un individu déterminé. Ce principe est affirmé avec force par la disposition finale inscrite à l'article 48-3, paragraphe (1) nouveau du Code d'instruction criminelle qui prévoit que „dans tous les cas, les profils d'ADN ne peuvent être établis que sur base de segments d'ADN non codants“. (Voir sub Article 16, point 1 du projet de loi sous avis). La finalité des mesures envisagées consiste dans l'identification d'une personne (Voir libellé des articles 8, 11 du projet de loi sous avis ainsi que les articles 39, paragraphe (4), 44, paragraphes (2) et (4) et 45, paragraphe (6), alinéa 4 nouveaux du CIC). Dans cette perspective, elles sont du même ordre que la prise d'empreintes digitales et de photographies (cf. article 39, paragraphe (4) du CIC). Sans trop de risques de se tromper l'on peut donc raisonnablement admettre qu'à l'instar de ces dernières l'établissement et le traitement de profils d'ADN sont susceptibles de justifier une atteinte au droit au respect de la vie privée, compatible avec l'article 8, paragraphe (2) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans la mesure où ils peuvent être „nécessaire(s), dans une société démocratique moderne, à la prévention de la criminalité et, partant, de la sécurité publique“ (Commission européenne des Droits de l'Homme, Reg. No 1307/61, X c/République Fédérale d'Allemagne, Ann., 1962, p. 231).

La structure du projet de loi sous revue vise „à répondre aux trois questions principales qui se posent en cette matière:

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

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Conformément à l'article 6, paragraphe (1) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, ci-après désignée par „la loi de 2002“, le traitement des données génétiques, en l'occurrence définies comme toutes les données à caractère personnel concernant les caractères héréditaires d'un individu ou d'un groupe d'individus apparentés (article 2, lettres (e) et (g)), est prohibé. Ces données peuvent toutefois être traitées dans le contexte d'une procédure judiciaire ou d'une enquête pénale, mais uniquement „pour vérifier l'existence d'un lien génétique dans le cadre de l'administration de la preuve en justice, pour l'identification d'une personne, la prévention ou la répression d'une infraction déterminée“ (article 6, paragraphe (3)). En vertu de l'article 8, paragraphe (1) de la loi précitée de 2002, „le traitement des données dans le cadre d'enquêtes pénales et de procédures judiciaires est opéré dans le respect des dispositions du Code d'instruction criminelle, du Code de procédure civile, de la loi portant règlement de procédure devant les juridictions administratives ou d'autres lois“.

Le projet de loi sous avis a précisément pour objet de régler le recours aux empreintes génétiques en vue de l'identification d'une personne dans le cadre d'une enquête pénale. A cet effet, il tend à modifier et à compléter le Code d'instruction criminelle, d'une part, et à mettre en place les dispositions légales spéciales régissant le traitement de ces données judiciaires, d'autre part. Sous ce dernier aspect, la loi en élaboration peut être considérée comme faisant partie de ces „autres lois“ évoquées par l'article 8, paragraphe (1) de la loi de 2002 et appelées à régir de façon spécifique le „traitement de données judiciaires“.

Eu égard à la matière extrêmement sensible visée par le projet de loi en discussion, le Conseil d'Etat donne à considérer s'il ne s'indiquerait pas d'en mettre dès l'ingrès en relief la finalité en la résumant de façon positive dans une disposition liminaire qui pourrait prendre la teneur suivante:

„Art. 1er.– La présente loi règle le recours aux empreintes génétiques en vue de l’identification d’une personne, dans le cadre des enquêtes préliminaires et des instructions préparatoires en matière pénale.

Le traitement de ces données est soumis aux prescriptions des articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (1) de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l’égard du traitement des données à caractère personnel.“

Cette approche aurait le mérite de faire ressortir tant le caractère spécifique et parfaitement circonscrit de la nouvelle législation que son positionnement en ligne avec la loi de 2002.

Au niveau structurel, le projet de loi sous avis serait en conséquence à réagencer comme suit:

„Projet de loi ...

Chapitre I: – *Objet*

Chapitre II: – *De l’établissement des empreintes génétiques*

Chapitre III: – *Du traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques*

Chapitre IV: – *Disposition complétant et modifiant le Code d’instruction criminelle*

Chapitre V: – *Dispositions finales“.*

La proposition de modification du libellé du Chapitre III (IV selon le Conseil d’Etat) pourrait se justifier par le fait que, strictement parlant, il ne comprend qu’un seul article modifiant et complétant le code d’instruction criminelle par les différentes dispositions reprises sous ses points 1 à 7.

*

EXAMEN DES ARTICLES

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

Sans observation.

Article 2 (3 selon le Conseil d’Etat)

Au **paragraphe (1)**, le Conseil d’Etat suggère de rayer les mentions énoncées entre parenthèses qui ne font qu’alourdir inutilement le texte.

Le **paragraphe (2)** a trait à l’ADN mitochondrial qui peut être établi, à titre de test complémentaire, à côté du procédé d’établissement de l’ADN nucléaire visé au paragraphe (1). D’après le rapport d’information No 504 déposé à l’Assemblée Nationale par le député français Marc Le Fur, „l’ADN mitochondrial est différent de l’ADN nucléaire, en ce sens qu’il ne comporte que 16.000 bases et provient exclusivement de la mère. Cet ADN est donc moins discriminant, mais il présente un double intérêt en matière d’empreinte génétique: il est très résistant et peut donc être prélevé sur des traces anciennes et très dégradées et il peut être prélevé sur des tissus dépourvus d’ADN nucléaire (tels que les cheveux sans bulbe)“ (page 8).

C’est sans doute ce caractère moins différenciateur qui explique pourquoi il est précisé au paragraphe (2) de l’article sous revue que l’exploration des mitochondries, en vue de la détermination de l’ADN qu’elles recèlent, ne peut être effectuée isolément „comme méthode comparative au sens des articles 48-3 à 48-8 du Code d’instruction criminelle“.

Si le but des dispositions figurant au paragraphe (2) de l’article sous examen est donc plausible, force est de relever que sa formulation n’est pas trop heureuse.

Dans le contexte visé, il est en effet question d’un test „complémentaire“ permettant de détecter l’ADN mitochondrial, „outre“ les données visées au paragraphe (1), et qui ne pourrait être effectué „à lui seul“. N’est-ce pas quelque peu redondant?

Dans l’optique du Conseil d’Etat, le paragraphe (2) sous revue pourrait être réduit à la teneur suivante:

„(2) A titre de test complémentaire, l’ADN mitochondrial peut également être établi comme méthode comparative.“

Le renvoi au Code d’instruction criminelle n’est pas indispensable alors qu’il s’agit d’un test toujours complémentaire à la recherche de l’ADN nucléaire qui, elle, se déroule nécessairement dans le cadre

des articles 48-3 à 48-8 du CIC, conformément à l'article 1er du projet de loi sous examen (2 selon le Conseil d'Etat).

Conformément au **paragraphe (3)**, les marqueurs d'ADN qui, selon le paragraphe (1), doivent être sept au moins sont à déterminer par règlement grand-ducal. Le règlement en projet en prévoit effectivement dix-neuf. Il ajoute que les profils d'ADN visés sont établis „à part du test effectué sur base des marqueurs des chromosomes X et Y (Amel)“. Ne pourrait-il pas s'avérer utile de conférer une base légale sûre à ce genre de test parallèle permettant de déterminer le sexe d'une personne, en conférant au paragraphe (3) la teneur suivante:

„Un règlement grand-ducal détermine les marqueurs visés au paragraphe (1) qui sont utilisés, outre les marqueurs des chromosomes X et Y“?

Article 3 (4 selon le Conseil d'Etat)

D'après son commentaire assez concis, ledit article „s'inspire de l'article 8 de l'arrêté royal belge du 4 février 2002 (pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale) ... et introduit certaines règles élémentaires concernant la procédure d'analyse, toujours dans le but d'assurer la plus grande qualité possible des profils d'ADN établis“.

En fait, il s'agit d'une disposition clé du projet sous examen qui aurait, à n'en pas douter, commandé de plus amples explications alors qu'elle détermine la mission et la façon de procéder de „l'expert chargé“.

La Commission nationale pour la protection des données, ci-après la CNPD, fait remarquer à ce sujet que l'article 3 „passe sous silence les qualités auxquelles doit répondre l'expert y chargé de procéder à l'établissement du profil d'ADN“ (*Doc. parl. No 5356¹, sess. ord. 2004-2005, p. 10*). L'attitude du Procureur général d'Etat n'est pas moins réservée sur ce plan, en évoquant „la problématique de l'organisation des analyses ADN à Luxembourg et au-delà celle de la création d'un institut médico-légal“ (*Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 8, voir encore plus particulièrement les pages 2 à 4*).

Le Conseil d'Etat partage ces appréhensions et remarques critiques en se basant notamment sur les développements de M. Jean de Codt consignés dans un article intitulé „Preuves criminalistiques et vérité judiciaire“ et publié au Journal des tribunaux, le 19 mars 2005, qui se résume comme suit:

„Il est évident que même s'il n'existe aucune hiérarchie légale entre les divers modes de preuve, une preuve scientifique aura sur l'esprit du juge une autorité plus grande qu'une preuve testimoniale ou par présomption. Or, plus une preuve est de nature à confondre l'accusé ou le prévenu, plus la défense s'attachera à discuter la régularité de son obtention. A l'essor des preuves scientifiques correspond une explosion du contentieux de la nullité des preuves“ (p. 206)

„Soumises comme toutes les autres au contrôle de la légalité de leur production, les preuves scientifiques seront au moins, et inévitablement confrontées à cette double vérification: où et comment l'échantillon a-t-il été récolté ou prélevé puis analysé? Et quelle procédure a-t-on appliqué à l'expertise qui a pu le faire parler?“ (p. 205)

La liberté des preuves est donc une liberté encadrée par la légalité. Or, pour constituer une preuve valable, les prescriptions légales et réglementaires doivent être observées. (Voir Dossier/La preuve, une question de loyauté/A J Pénal, Juillet-Août 2005, p. 261 ss./Voir en outre Cour de Cassation belge, arrêt du 25 mai 2005, J T 2005, p. 481).

Au niveau des laboratoires, toutes les précautions doivent donc être prises pour conférer aux analyses d'ADN un degré de fiabilité indiscutable. Il ne faut cependant jamais perdre de vue que cette fiabilité peut être sérieusement compromise en amont et en aval. „En amont, si aucune précaution n'est prise pour éviter que la scène d'infraction soit polluée ou bouleversée par les premiers arrivants insuffisamment informés de l'importance des mesures de préservation de celle-ci. En aval, malgré les précautions prises, les résultats, qui se présentent sous forme de données chiffrées, peuvent faire l'objet d'une erreur de saisie, puisque celle-ci est faite manuellement.“ (Marc Le Fur, rapport cité ci-avant sous l'article 2).

Sans préjudice d'une réflexion en profondeur à mener au sujet de la création d'un véritable institut ou service médico-légal à intégrer ou non au Laboratoire national de santé, le Conseil d'Etat propose de compléter l'article sous revue par un **paragraphe (4)** libellé comme suit:

„(4) Peut seul être désigné comme expert au sens du présent article une personne titulaire d'un diplôme de docteur en médecine, de docteur en sciences pharmaceutiques, de docteur en sciences, de docteur en biotechnologie ou de docteur en bio-ingénierie, d'une part, et qui dispose d'une expérience pratique d'au moins trois ans en matière d'analyse d'ADN, d'établissement et de comparaison de profils d'ADN, d'autre part.

L'expert doit être affecté à un laboratoire disposant d'un service organisé sur une base permanente pour recevoir les traces de cellules.“

Le texte proposé s'inspire de l'article 11 de l'arrêté royal (belge) du 4 février 2002 pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale. Certes il ne donne pas entièrement satisfaction et dans une première phase ce seront probablement surtout des laboratoires étrangers qui seront sollicités.

Restera donc à explorer parallèlement la piste de l'établissement d'une liste nationale d'experts agréés, comme d'ailleurs le suggère la Recommandation No R (92) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoptée le 10 février 1992, en s'exprimant ainsi sous un point 6:

„L'analyse de l'ADN est un procédé scientifique complexe qui ne doit être employé que par des laboratoires possédant les installations et l'expérience requises.

Les Etats membres devraient veiller à ce que soit établie une liste de laboratoires ou d'instituts agréés, répondant aux critères suivants:

- niveau élevé des connaissances et des compétences professionnelles, associé à des procédures appropriées de contrôle de la qualité;
- intégrité scientifique;
- sécurité adéquate des installations et des matériels faisant l'objet d'examens;
- mesures pertinentes pour garantir une confidentialité absolue eu égard à l'identification de la personne à laquelle se rapportent les résultats de l'analyse de l'ADN; et
- garanties que les conditions énoncées dans la présente Recommandation seront respectées.

Les Etats membres devraient prendre des dispositions pour que leurs laboratoires agréés fassent périodiquement l'objet d'un contrôle.“

Dans cette optique, le **paragraphe (4)** ci-avant proposé pourrait alternativement s'énoncer comme suit:

„(4) Peut seul être désigné comme expert au sens du présent article une personne titulaire d'un diplôme de docteur en médecine, de docteur en sciences pharmaceutiques, de docteur en sciences, de docteur en biotechnologie ou de docteur en bio-ingénierie.

L'expert doit être attaché à un laboratoire agréé par le ministre de la Justice et le ministre de la Santé pour justifier d'une sécurité adéquate des installations et des matériels faisant l'objet d'examens et pour garantir la confidentialité des résultats de l'analyse d'ADN.

Ces conditions d'agrément peuvent être précisées par règlement grand-ducal.

L'agrément d'un laboratoire par l'instance compétente d'un Etat membre de l'Union européenne vaut agrément au sens du présent paragraphe.“

En fin de compte, quelle que soit l'option retenue en définitive, à plus ou moins long terme notre pays ne pourra plus guère faire l'impasse sur la discussion au sujet de la création d'un institut ou service médico-légal dont la tâche dépasserait évidemment l'établissement et la conservation de profils ADN.

Article 4 et suivants

Cet article rassemble avec les articles 5, 6 et 7, au sein d'une section I du Chapitre II, les „dispositions communes aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés“.

Or, force est de faire remarquer que les notions ADN criminalistique et ADN condamnés ne sont définies respectivement qu'aux articles 8 et 11 subséquents. Dans les conditions données, le Conseil d'Etat donne à considérer si ledit Chapitre II n'aurait pas avantage à être réagencé comme suit:

„Section I – Du traitement ADN criminalistique

Section II – Du traitement ADN condamnés

Section III – Dispositions communes aux traitements ADN criminalistique et ADN condamnés“.

Article 4 (13 selon le Conseil d'Etat)

Au **paragraphe (1)**, compte tenu de sa proposition de restructuration du Chapitre II (*III*) – Du traitement des données à caractère personnel relatives aux empreintes génétiques, la référence à l'article 5 figurant sous le point 10 est à remplacer par le renvoi à l'article 14.

Conformément au **paragraphe (2)**, „un profil d'ADN établi est à considérer comme donnée à caractère personnel, au sens de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, à partir du moment où le code alphanumérique de l'analyse d'ADN a été associé à une information relative à la personne physique en cause permettant de l'identifier“. Ce n'est en effet qu'à partir de ce moment qu'il s'agit d'une donnée concernant une personne identifiée ou identifiable, c.-à-d. une personne qui „peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence (...) à un ou plusieurs éléments *spécifiques*, propres à *son* identité physique, physiologique, *génétique*, psychique, culturelle, sociale ou économique;“, comme le prévoit l'article 2, alinéa 1, lettre (e) de la loi de 2002.

Articles 5 à 7 (14 à 16 selon le Conseil d'Etat)

Avant d'aborder l'examen au fond desdits articles, le Conseil d'Etat se doit d'émettre quelques observations quant à leur portée respective.

Le premier concerne des opérations de „consultation“, de „comparaison“ ou de „modification“ de données relatives à un profil d'ADN. Le deuxième évoque l'„interconnexion“ de traitements d'ADN criminalistique et condamnés, entre eux ou avec d'autres traitements de données à caractère personnel. Le troisième des articles visés est en rapport avec la „communication“ des données de l'espèce.

La loi de 2002 définit dans son article 2, sous la lettre (j), l'interconnexion comme „toute forme de traitement qui consiste en la corrélation de données traitées pour une finalité avec des données traitées pour des finalités identiques ou liées par un ou d'autres responsables du traitement“. Aux termes de la lettre (s) du même article 2, le traitement (de données à caractère personnel) recouvre „toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés, et appliqués à des données, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction“.

Il résulte des dispositions susmentionnées que les opérations de „consultation“, de „comparaison“ (i.e. rapprochement), de „modification“, d'„interconnexion“ et de „communication“ font toutes partie du traitement de données à caractère personnel, mais que seule la notion d'„interconnexion“ bénéficie d'une définition légale spécifique. Force est donc de constater que la détermination du champ d'application respectif des articles 5 à 7 du projet de loi sous avis (14 à 16 selon le Conseil d'Etat) n'est pas simple.

Tout en se rendant compte de simplifier quelque peu, le Conseil d'Etat se résout à adopter en l'occurrence une approche pragmatique. Pour lui l'opération de consultation consiste à puiser activement et directement dans les données d'un fichier. La communication correspond par contre à l'opération inverse consistant à recevoir des données de la part d'un tiers. La consultation caractérise donc en quelque sorte une action positive, alors que la communication de données est l'aboutissement d'une attente, répond à une demande. La consultation a ainsi une connotation active tandis que la communication dénote une attitude passive dans le chef du destinataire des données en cause. Consultation et communication constituent effectivement les deux facettes d'un même phénomène.

Article 5 (14 selon le Conseil d'Etat)

Cet article détermine les informations qui doivent être enregistrées dans le cadre de toute opération de consultation, de comparaison ou de modification de données relatives à un profil d'ADN. Toute démarche de l'espèce doit en effet laisser durablement des traces vérifiables.

Pour les motifs déduits sous l'article 7 ci-après, le Conseil d'Etat propose de compléter l'article 5 sous examen par un paragraphe (2) à l'effet de préciser que la consultation, à partir du territoire national, de profils d'ADN „gérés“ à l'étranger obéissent à l'obligation d'enregistrement des informations visées au projet de loi et à regrouper sous un paragraphe (1).

En conclusion des développements qui précèdent, l'article sous revue s'énoncerait comme suit:

„**Art. 14.**– (1) Lors de chaque consultation d’un profil d’ADN, de chaque comparaison entre plusieurs profils d’ADN ou de chaque modification des données relatives à un profil d’ADN, les informations suivantes doivent être enregistrées:

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

(2) La consultation de données d’ADN gérées par des Etats, organisations ou institutions internationales s’effectue dans le respect du paragraphe (1) du présent article.“

Article 6 (15 selon le Conseil d’Etat)

Au vœu du **paragraphe (1)**, les traitements d’ADN sont effectués sous la responsabilité du Procureur général d’Etat qui „peut déléguer l’exercice de ses attributions à un magistrat du parquet général“. Les obligations du responsable de ces traitements résultent de l’article 4 de la loi de 2002 et sont considérables. Dans les conditions données, le Conseil d’Etat se demande si le Procureur général d’Etat ou son délégué peut toujours raisonnablement être tenu de toutes ces responsabilités, non seulement dans le cadre d’une enquête préliminaire, mais également dans le contexte d’une instruction préparatoire. Si la première relève en effet de la surveillance dudit procureur en vertu de l’article 46 du Code d’instruction criminelle, c’est le juge d’instruction qui procède aux actes d’information, – il est vrai en vertu d’un réquisitoire du procureur d’Etat –, conformément aux articles 50 et 51 du même code. Le Procureur général d’Etat n’est donc nullement impliqué dans les instructions préparatoires.

Conformément au **paragraphe (2)**, „les traitements ADN criminalistique et ADN condamnés ne peuvent faire l’objet d’aucune interconnexion, entre eux ou avec d’autres traitements de données à caractère personnel, autre que celles prévues par la présente loi.“ Comme ci-avant rappelé, l’interconnexion est définie par l’article 2, lettre (j) de la loi de 2002.

En fait, la loi en perspective n’en prévoit aucune, de sorte que c’est le droit commun tel qu’il résulte de l’article 16, paragraphe (1) de la loi de 2002 qui s’applique et toute interconnexion de données doit partant faire l’objet d’une autorisation préalable de la CNPD. Il en découle qu’il peut être fait abstraction du paragraphe (2) qui, en dernière analyse, n’apporte aucun effet juridique qui ne serait pas déjà obtenu en vertu du susdit article 16.

Dans cette optique, l’article 6 du projet de loi sous avis pourrait être réduit à la seule disposition consacrée au paragraphe (1) qui ne serait plus à identifier comme tel.

Article 7 (16 selon le Conseil d’Etat)

Ledit article règle la communication des données en relation avec les traitements d’ADN. Dans ce contexte, le Conseil d’Etat suggère d’en reformuler comme suit le point 3:

„3. à d’autres Etats, organisations ou institutions internationales, en application de dispositions de droit international.“

La notion de droit international recouvre en effet tant le droit issu de l’Union européenne que celui généré par les conventions ou traités internationaux.

Au regard de l’article 3 du Traité relatif à l’approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale signé à Prüm le 27 mai 2005 et faisant l’objet du projet de loi *No 4024*, le Conseil d’Etat se demande si l’article 5 du projet de loi sous examen ne mérite pas d’être revu.

En effet, l’article 3 dudit traité institue au profit des Parties contractantes le droit de procéder à une „consultation automatisée“ de leurs fichiers d’analyse ADN à l’aide d’une comparaison des profils ADN. Il précise *in fine* de son paragraphe (1) que „la consultation ne peut s’opérer qu’au cas par cas et dans le respect du droit national de la Partie contractante qui effectue ladite consultation“. En cas de correspondance, la partie consultante est informée „par voie automatisée de l’existence d’une concordance et de la référence“, conformément au paragraphe (2) du même article 3.

L’article 7 du projet de loi sous avis permet par la disposition inscrite sous son point 3 de répondre affirmativement à une sollicitation en ce sens nous provenant de la part de l’étranger. Il s’agit en effet de communiquer en l’occurrence – sous une forme il est vrai automatisée mais reposant sur un traité international – des données ADN à d’autres Etats. Qu’en est-il cependant d’une initiative émanant de

nos autorités nationales? Notre droit interne permet-il de procéder à une consultation automatisée des fichiers d'analyse ADN gérés à l'étranger? Rien n'est moins sûr.

Dans l'optique de garantir ainsi notamment le plein effet de l'article 3 du Traité de Prüm, le Conseil d'Etat suggère de compléter l'article 5 du texte du projet sous revue (14 selon le Conseil d'Etat) par un paragraphe (2) ci-avant proposé.

Article 8 (5 selon le Conseil d'Etat)

Il définit la notion de „traitement ADN criminalistique“. Dans son avis du 14 janvier 2005, le Procureur général d'Etat constate que le texte proposé prête à confusion. Aussi recommande-t-il de lui substituer le libellé suivant, auquel le Conseil d'Etat se rallie:

„Art. 5.– Il y a lieu d'entendre par „traitement criminalistique“ l'insertion dans un fichier de profils ADN obtenus dans le cadre d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire, conformément aux dispositions du code d'instruction criminelle, leur conservation et leur communication aux fins de pouvoir identifier directement ou indirectement les personnes visées à l'article 48-3 du code d'instruction criminelle.“ (Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 7).

Article 9 (6 selon le Conseil d'Etat)

A travers toutes les dispositions en cause, la référence à l'article 4 est à remplacer par celle visant l'article 13 du projet de loi sous revue.

Article 10 (7 selon le Conseil d'Etat)

Les **paragraphes (1), (2) et (4)** dudit article déterminent la durée de conservation des profils d'ADN.

Dans ce contexte il y a lieu de rappeler l'article 4, paragraphe (1), lettre d) de la loi de 2002 dont il se déduit que les données permettant l'identification d'une personne ne peuvent être conservées pendant une durée excédant celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles ont été collectées et traitées. Or, aux termes de l'article 6, paragraphe (3) du même texte légal, „les données génétiques ne peuvent être traitées que pour vérifier l'existence d'un lien génétique dans le cadre de l'administration de la preuve en justice, pour l'identification d'une personne, la prévention ou la répression d'une infraction pénale déterminée“.

Suivant le **paragraphe (1)** de l'article sous revue, le profil d'ADN ayant pu être attribué à une personne déterminée peut, notamment, être exploité jusqu'à l'expiration d'un délai de dix ans après le décès de l'individu en cause. Ce même délai se retrouve dans l'article 13 (10 selon le Conseil d'Etat) en rapport avec le traitement ADN condamnés. Au regard des dispositions pertinentes de la loi de 2002 précitées cette durée ne paraît pas excessive au Conseil d'Etat.

Quelques hésitations sont toutefois de mise en rapport avec le **paragraphe (2)** qui autorise des dérogations aux prescriptions du paragraphe (1) lorsque des „faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire (...) justifient le maintien (des) informations au traitement ADN criminalistique“.

En l'occurrence, le traitement ADN criminalistique continuerait d'être légitime – pendant une durée pour le surplus indéfinie – même lorsque la personne dont le profil a fait l'objet d'une comparaison positive a été acquittée ou est décédée depuis plus de dix ans ou encore „lorsque les faits ayant donné lieu à l'établissement du profil d'ADN en cause sont prescrits“. De l'avis du Conseil d'Etat, seule cette dernière hypothèse, reprise au point 2 du paragraphe (1) de l'article sous examen, est susceptible de justifier une dérogation par rapport à la solution de principe qui soit proportionnée au regard de la finalité poursuivie.

Dans cette optique, le paragraphe (2) prendrait la teneur suivante:

„(2) Dans l'hypothèse visée au point 2. du paragraphe précédent, les informations peuvent néanmoins être maintenues au traitement criminalistique si le profil d'ADN en cause a fait l'objet d'une comparaison positive en relation avec les faits d'une enquête préliminaire ou d'une instruction préparatoire qui justifient cette dérogation.“

Conformément au **paragraphe (4)**, „le profil d'ADN qui n'a pu être attribué à une personne déterminée ne peut plus faire l'objet du traitement ADN criminalistique 30 ans après son établissement“.

Cette durée ne devrait pas être considérée comme excessive, au regard notamment de la solution française (qui dans l'article R 53-14 du Code de procédure pénale retient, selon l'hypothèse visée, quarante ans ...).

En suivant la version proposée par le Conseil d'Etat, il y a lieu de remplacer au **paragraphe (3)** la mention de la section III par celle de la section II.

Au **paragraphe (5)**, il y a lieu de remplacer la référence à l'article 4 par le renvoi à l'article 13.

Autre remarque d'ordre formel. Au regard du **paragraphe (1)**, le Conseil d'Etat propose, en accord avec la CNPD (voir *doc. parl. No 5356¹, sess. ord. 2004-2005, p. 16*), de souligner le caractère alternatif des conditions y énoncées en ajoutant la conjonction „ou“ à la fin des deux premières, chaque fois juste avant le point-virgule.

Article 11 (8 selon le Conseil d'Etat)

Au regard du **paragraphe (1)**, le Conseil d'Etat fait sienne la proposition d'amendement avancée (voir *doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 8*) par le Procureur général d'Etat. Ladite disposition prendra partant la teneur suivante:

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

Articles 12 et 13 (9 et 10 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation.

Article 14 (11 selon le Conseil d'Etat)

Eu égard à la proposition de réagencement structurel du projet de loi sous avis, quelques redressements de renvois s'imposent.

Au **paragraphe (1)**, il y a ainsi lieu d'écrire: „(1) Les dispositions des articles 14, 6, paragraphes (1) et (3), 7, paragraphes (1) à (4), 8, paragraphe (2), 9, paragraphe (1) et 10 sont à observer sous peine de nullité“.

Au **paragraphe (2)**, il convient de remplacer la référence aux articles 1er à 13, par celle évoquant les „articles 2 à 10 et 13 à 16“.

Article 15 (12 selon le Conseil d'Etat)

En vertu des articles 27, paragraphe (1), lettre (d) et 29, paragraphe (1), lettre (d) de la loi de 2002, des exceptions au droit d'information et au droit d'accès d'une personne concernée sont légitimes lorsqu'est en jeu un traitement nécessaire en vue de sauvegarder „la prévention, la recherche, la constatation et la poursuite d'infractions pénales y compris celles à la lutte contre le blanchiment, ou le déroulement de procédures judiciaires autres, au sens de l'article 8, paragraphe (1), et de l'article 17 de (ladite) loi“. C'est devant cette toile de fond que s'apprécie l'article 15 déterminant les voies de recours dont dispose la personne concernée dans le contexte visé. Il constitue en quelque sorte le pendant de l'article 30 réglant le droit d'opposition dans le cadre de la loi de 2002.

Dans l'optique du Conseil d'Etat, il est indiqué de lire comme suit le début de la phrase introductive du **paragraphe (1)**: „(1) En dehors des hypothèses visées par l'article 11“ et non pas 14.

Au **paragraphe (2)**, avec le Procureur général d'Etat, le Conseil d'Etat se prononce en faveur de la réduction du délai d'appel de dix à trois jours, par analogie à l'article 133, paragraphe (5) du Code d'instruction criminelle et sous réserve du délai à retenir en définitive dans le cadre du projet de loi No 5354 (*Sess. ord. 2005-2006*) portant, entre autres, introduction de l'instruction simplifiée. Au **paragraphe (4)**, toujours en accord avec le Parquet général (*Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 4-5*), il propose de remplacer la phrase finale par le libellé suivant:

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

De l'avis du Procureur général d'Etat, il s'agit en effet d'éviter des discussions sur la recevabilité des recours au regard des articles 407 et 416 du Code d'instruction criminelle qui s'énoncent ainsi:

„Art. 407.– Les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle ou de police, peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation

formé par le ministère public, le prévenu ou la partie civile suivant les distinctions qui vont être établies.“

„**Art. 416.**– (1) Le recours en cassation contre les arrêts préparatoires et d’instruction ou les jugements en dernier ressort de cette qualité, n’est ouvert qu’après l’arrêt ou le jugement définitif; l’exécution volontaire de tels arrêts ou jugements préparatoires ne peut, en aucun cas, être opposée comme fin de non-recevoir.

(2) Le recours en cassation est toutefois ouvert contre les arrêts et jugements rendus sur la compétence et contre les dispositions par lesquelles il est statué définitivement sur le principe de l’action civile.“

Face à ces dispositions, c’est à bon droit que l’on peut effectivement s’interroger sur la portée réelle de la phrase finale telle que reprise au paragraphe (4) du projet de loi sous examen prévoyant que „le recours en cassation est soumis aux dispositions du Code d’instruction criminelle y afférentes“. D’où donc la justification de sa proposition de modification, alors que dans l’hypothèse visée à l’article 15 du projet on aboutirait, au regard de l’article 416 du CIC, à la conclusion qu’aucun recours en cassation ne serait jamais possible.

Article 16 (17 selon le Conseil d’Etat)

Ledit article a pour objet de modifier et de compléter le Code d’instruction criminelle. Il comporte sept points et justifie quant à sa structure la reformulation de l’intitulé du Chapitre III (IV) qui le coiffe, telle que proposée par le Conseil d’Etat.

Ad point 1

Ce point entend compléter le titre II (Des enquêtes) du Livre I (De l’exercice de l’action publique et de l’instruction) par un Chapitre IV intitulé „– Des procédures d’identification par empreintes génétiques“ s’alignant après trois Chapitres s’énonçant respectivement:

- Des crimes et délits flagrants
- Des vérifications d’identité
- De l’enquête préliminaire.

Ce chapitre IV nouveau est destiné à regrouper six articles nouveaux, numérotés de 48-3 à 48-8 et examinés dans l’ordre par le Conseil d’Etat, auxquels il est proposé d’ajouter un **nouvel article 48-9**.

Article 48-3

Aux fins de comparaison, le profil d’ADN d’une personne ne peut être établi que pour autant qu’il s’agit d’identifier des personnes „concernées par une infraction ou par une des hypothèses visées aux articles 39 paragraphe (4), 44 paragraphes (2) et (4), 45 paragraphe (6) et 47-1, ainsi qu’aux fins de l’application de l’article 48-7“.

L’article 39, paragraphe (4), autorise le procureur d’Etat d’ordonner les opérations nécessaires à l’identification d’une personne retenue par un officier de police judiciaire dans le cadre d’une enquête.

L’article 44, paragraphes (2) et (4), vise le même pouvoir d’investigation du procureur d’Etat ou du juge d’instruction en cas de découverte d’un cadavre dans l’hypothèse d’une cause de décès inconnue ou suspecte.

L’article 45, paragraphe (6), précise que, „dans le cadre d’une enquête pour crime ou délit flagrant ou d’une enquête préliminaire ou d’une commission rogatoire ou de l’exécution d’un ordre de recherche délivré par une autorité judiciaire“ (alinéa 2 dudit paragraphe), le procureur d’Etat peut ordonner d’établir un profil d’ADN „sous condition que cette mesure soit impérativement nécessaire à l’établissement de l’identité de la personne interpellée“.

L’article 47-1 se situe dans le cadre de l’enquête préliminaire et règle le prélèvement ou la saisie de cellules humaines, de l’accord de personnes privées, par l’officier de police judiciaire opérant sur ordre du procureur d’Etat.

L’article 48-7 règle le prélèvement, au besoin sous contrainte physique, de cellules sur des personnes condamnées pour certaines infractions limitativement prévues, à une peine d’emprisonnement ou à une peine plus lourde.

En résumé, le prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement d'un profil d'ADN, dans un but de comparaison avec d'autres, se conçoit légalement dans l'hypothèse de la rétention d'une personne dans le cadre d'une enquête (article 39), en cas de découverte d'un cadavre dans le contexte d'une mort suspecte (article 44), à l'occasion de flagrance de crime ou délit, d'enquête préliminaire, de commission rogatoire ou d'exécution d'un ordre de recherche (article 45), en présence de l'accord de la personne concernée (article 47-1), face à la condamnation d'un individu à au moins une peine d'emprisonnement pour perpétration de certaines infractions définies par la loi ou encore dans le but d'„identifier des personnes concernées par une infraction“.

Ce dernier cas de figure est de nature à susciter quelques inquiétudes. Que faut-il en effet entendre par „personnes concernées par une infraction“? N'importe quelle infraction pourrait-elle justifier une mesure aussi incisive que le prélèvement sur une personne de cellules en vue de l'établissement d'un profil d'ADN de comparaison? Quelle doit être l'intensité du lien censé relier une personne avec une infraction?

Les commentaires des auteurs du passage critiqué ne sont en tout cas nullement en mesure d'apaiser les hésitations du Conseil d'Etat, bien au contraire. N'y lit-on en effet pas que „la formule „... personnes concernées par une infraction ...“ a été choisie à dessein afin de permettre d'établir un profil d'ADN dans un large éventail de cas de figure. L'idée est de rendre possible, par exemple, d'établir les profils d'ADN de personnes qui se sont trouvées dans des conditions spatio-temporelles particulières par rapport à la commission de l'infraction (un groupe de personnes qui étaient toutes présentes peu avant la commission des faits dans l'appartement où un cadavre a été découvert, les habitants d'un village aux bords duquel une fille a été retrouvée morte et violée, les profils d'ADN de certains membres de la famille d'une victime disparue sont nécessaires pour établir si des cellules humaines retrouvées appartiennent à la victime en cause, etc.)“ (*Doc. parl. No 5356, sess. ord. 2003-2004, p. 28-29*)?

Les exemples cités montrent l'ambivalence de la finalité de ces mesures d'instruction pratiquées sur les personnes concernées par une infraction. Elles tendent en effet tantôt à l'identification des personnes „coupables“, tantôt à la détermination de l'identité de la victime.

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat se prononce principalement pour l'élimination au **paragraphe (1)** de l'article 48-3 du Code d'instruction criminelle des termes „par une infraction ou“, les autres hypothèses y visées devant suffire aux objectifs criminalistiques poursuivis.

En ordre subsidiaire, le Conseil d'Etat invite les auteurs du projet à circonscrire plus étroitement les personnes et les infractions finalement visées par la formule discutée.

A l'endroit du **paragraphe (2)**, il est fait mention de l'article 51, paragraphe (2) non évoqué dans le cadre du paragraphe (1) de l'article 48-3 sous revue. Le Conseil d'Etat se demande s'il ne devrait pas y être ajouté à l'instar des autres dispositions mentionnées et alors qu'il concerne l'établissement du profil d'ADN aux actes d'information pouvant paraître au juge d'instruction utiles à la manifestation de la vérité.

Au **paragraphe (3)**, il se recommande d'écrire „Sauf dans les hypothèses prévues par les articles ...“ plutôt que „A l'exception des hypothèses prévues par les articles ...“.

Article 48-4

Ledit article prévoit dans son **paragraphe (1)** trois modes de prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement du profil d'ADN d'une personne: le frottis buccal, la collecte de bulbes pileux ou la prise de sang. Les deux premiers sont réservés aux „membre(s) de la police grand-ducale ayant au moins la qualité d'agent de police judiciaire“. Eu égard aux articles 10 et 13 du Code d'instruction criminelle, il ne peut s'agir en l'espèce que d'agents ou d'officiers de police judiciaire. La prise de sang doit quant à elle systématiquement être pratiquée par un médecin. En vertu de la phrase finale du paragraphe (1) sous examen, „le prélèvement de cellules doit toujours être exécuté sous la surveillance et en présence d'un officier de police judiciaire“.

En renvoyant à ses observations à l'endroit de l'article 48-8, le Conseil d'Etat estime que le prélèvement de cellules humaines devrait systématiquement requérir l'intervention d'un officier de police judiciaire. Le frottis buccal et la collecte de bulbes pileux ne devraient pouvoir être exécutés que par lui, alors qu'une prise de sang ne devrait pouvoir être pratiquée qu'en sa présence. A cet égard, le paragraphe (1) serait à reformuler comme suit:

„(1) Le prélèvement de cellules humaines nécessaire à l'établissement du profil d'ADN s'obtient par frottis buccal, collecte de bulbes pileux ou par une prise de sang. Les deux premiers prélèvements ne peuvent être exécutés que par un officier de police judiciaire alors que la prise de sang ne peut être pratiquée que par un médecin agissant en présence d'un officier de police judiciaire.“

A cet endroit, le Conseil d'Etat se doit d'insister une fois de plus sur les précautions et soins qui doivent entourer le prélèvement de cellules humaines en vue de l'établissement d'un profil ADN. En cas de comparaison positive avec les traces génétiques de l'auteur présumé du délit ou du crime poursuivis, le moyen de preuve en cause comporte quasiment la certitude de la condamnation. L'empreinte génétique est en effet regardée comme une preuve parfaite tant notre foi dans la science est grande. Et quel magistrat oserait par exemple acquitter un violeur confondu par une seule preuve, génétique, au motif qu'elle n'a pas conquis son intime conviction? (Voir Coralie Ambroise-Castérot, Recherche et administration des preuves en procédure pénale: la quête du Graal de la Vérité, A J Pénal, Juillet-Août 2005, p. 261 ss.).

D'après la version restructurée par le Conseil d'Etat, il convient de remplacer au **paragraphe (2)** la référence à „l'article 9 paragraphe (2)“ par le renvoi à „l'article 6, paragraphe (2)“ de la loi visée.

Article 48-5

Ledit article règle la situation des personnes sur lesquelles s'opérera un prélèvement de cellules humaines ordonné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction. En cas de refus de consentement des personnes en cause, la contrainte physique peut être exercée. La prise de sang reste toutefois exceptée de cette mesure coercitive.

Contrairement à la CNPD, le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas lieu de préciser que la formulation de „personne concernée“ employée à travers l'article sous examen serait à distinguer de celle retenue au niveau de l'article 48-3 „... personnes concernées par une infraction ...“ (voir *Doc. parl. No 5356¹, sess. ord. 2004-2005, p. 15*). Il coule en effet de source qu'il ne peut s'agir en l'occurrence que de „la personne au sujet de laquelle un prélèvement de cellules humaines a été ordonné par le procureur d'Etat ou le juge d'instruction“. Tout au plus pourrait-il être suggéré d'écrire dans ce contexte „sur laquelle“ ou „à l'égard de laquelle“, plutôt que „au sujet de laquelle ...“.

Au **paragraphe (1)**, il se recommande, dans la perspective du réagencement du projet proposé par le Conseil d'Etat, de substituer aux articles 9 et 11 y mentionnés les „articles 6, paragraphe (3) et 8, paragraphe (2) de la loi ...“.

Au **paragraphe (2)**, il n'est pas indispensable de préciser que si la personne concernée n'a pas encore atteint l'âge de 14 ans révolus, l'accord devra être donné par son représentant légal „conformément aux dispositions du paragraphe précédent“.

Il se dégage de l'effet combiné des **paragraphes (3) et (4)** de l'article 48-5, qu'à l'exception de la prise de sang, les prélèvements de cellules humaines prévues à l'article 48-4, paragraphe (1) peuvent être effectués sous contrainte physique „si (la personne concernée) paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et si ces faits sont susceptibles de constituer une infraction punie d'une peine d'emprisonnement dont le maximum est de deux ans au moins“.

D'après le Procureur général d'Etat, ce seuil de deux ans „se justifie par la considération qu'il existe également pour l'application d'autres moyens de contrainte autrement graves tels le mandat de dépôt (article 94 du Code d'instruction criminelle) ou les mesures spéciales de surveillance des communications (article 88-1 du Code d'instruction criminelle)“. (*Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 7*). Le Conseil d'Etat peut partager cette appréciation, tout en donnant à réfléchir s'il n'y aurait pas intérêt à s'inspirer dans le présent contexte des formules retenues aux normes de référence ci-avant mentionnées et pour le moins d'écrire „... et si ces faits emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement“. Il est vrai que la peine d'emprisonnement ne se conçoit que dans l'hypothèse d'un crime ou délit (Cf. articles 7, 14 et 25 du Code pénal). Néanmoins, le Conseil d'Etat estime que la précision en la matière n'est pas inutile, non seulement par référence aux articles 88-1 et 94 du Code d'instruction criminelle sus-mentionnés (auxquels l'on pourrait d'ailleurs ajouter les articles 94-1 et 96 du même code), mais également pour faire ressortir davantage le caractère exceptionnel des mesures visées qui ne sont acceptables que dans des hypothèses très restrictives.

Quant à la forme, le Conseil d'Etat se rallie à la proposition du Parquet général de fusionner les paragraphes (3) et (4) en une disposition unique qui, compte tenu des développements ci-dessus, s'énoncerait comme suit:

„(3) En l'absence d'accord de la personne concernée, le prélèvement peut être exercé sous la contrainte physique si cette personne paraît présenter un lien direct avec la réalisation des faits en cause et si ces faits emportent une peine criminelle ou une peine correctionnelle dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement. La contrainte physique est exclue pour la prise de sang. Le refus de la personne concernée de se soumettre au prélèvement de cellules humaines sera consigné au procès-verbal visé à l'article 48-8.“

Article 48-6

En vertu du **paragraphe (1)**, le procureur d'Etat et le juge d'instruction se voient reconnaître le pouvoir de désigner un expert pour dresser le profil d'ADN des cellules prélevées.

A l'occasion de la discussion de l'article 3 du projet de loi sous examen, le Conseil d'Etat ne s'est pas privé de mettre en relief les questions laissées ouvertes quant aux qualités requises dans le chef dudit expert. Sans prétendre y avoir apporté une réponse définitive, il s'est évertué à esquisser un début de solution en proposant de compléter à cet effet ledit article 3 par un paragraphe (4) nouveau.

Aussi le Conseil d'Etat se demande-t-il s'il ne pourrait pas s'avérer judicieux de modifier comme suit le paragraphe (1) de l'article 48-6 du Code d'instruction criminelle:

„(1) Le procureur d'Etat et le juge d'instruction désignent un expert qualifié au sens de l'article 4, paragraphe (4) de la loi du [...] relative aux empreintes génétiques en matière pénale, pour dresser établir le profil d'ADN des cellules humaines prélevées.“

Quant au **paragraphe (4)**, le Conseil d'Etat se rallie à la proposition du Procureur général d'Etat d'y ajouter la phrase finale suivante:

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

Pour la motivation à la base de cette disposition complémentaire, il est renvoyé à l'extrait afférent de l'avis du Parquet Général (*Doc. parl. No 5356², sess. ord. 2004-2005, p. 5*).

Article 48-7

Par application de son **paragraphe (1)** il est procédé, le cas échéant sous contrainte physique, à un prélèvement de cellules humaines aux fins d'établissement d'un profil d'ADN sur chaque personne définitivement condamnée à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde pour avoir commis une des infractions limitativement énoncées sous les points 1 à 14.

Quant au catalogue de ces infractions, le Conseil d'Etat propose, par référence à l'intitulé du Chapitre IV du Titre VIII du Livre II du Code pénal, de reformuler comme suit le point 10:

„10. Les infractions d'attentat à la liberté individuelle prévues aux articles 434 à 438 du Code pénal;“.

A noter enfin qu'il se recommande de préciser au paragraphe (1) que c'est l'établissement du profil „d'ADN“ qui est en l'espèce visé.

Au **paragraphe (3)**, dans la lignée de la proposition de restructuration du projet de loi sous examen, il convient de corriger la référence aux articles 1er à 3 de la loi en cause par le renvoi aux articles 2 à 4 du même texte visé.

Le **paragraphe (4)** assimile les personnes condamnées à l'étranger, qui purgent tout ou partie de leur peine au Grand-Duché de Luxembourg, aux personnes condamnées par une juridiction luxembourgeoise. Ledit texte de préciser que „pour déterminer si la personne concernée a été condamnée pour une des infractions visées au paragraphe (1), les faits pour lesquels la condamnation a été prononcée sont pris en considération alors même que, d'après la loi luxembourgeoise et la loi de l'Etat de condamnation, l'infraction n'est pas qualifiée par une terminologie identique ou similaire et qu'il n'y a pas de concordance des éléments constitutifs des infractions dans les droits luxembourgeois et étranger“. Les données ainsi collectées pourraient servir en cas de récidive, qui aurait en l'occurrence toutes

les chances d'être commise sur notre territoire national (Cf. *Doc. parl. No 5356, sess. ord. 2003-2004, p. 33*).

La solution adoptée est de nature à répondre aux exigences que pose la réglementation internationale liant notre pays en matière notamment de mandat d'arrêt européen et de transfèrement de nationaux.

Reste à consacrer quelques développements à l'application dans le temps de l'article 48-7.

D'après l'article 17 du projet de loi sous revue, „les dispositions de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle s'appliquent aux personnes dont la condamnation luxembourgeoise ou étrangère est devenue définitive après l'entrée en vigueur de la présente loi“.

Cette disposition, – sous réserve des modifications de fond qui s'imposent d'après le Conseil d'Etat et dont il sera question ci-après –, devrait, dans un souci de sécurité juridique, figurer au Code d'instruction criminelle plutôt que d'être dissociée de ce dernier pour se retrouver dans une disposition particulière insérée à la fin de la future loi relative aux empreintes génétiques en matière pénale. La démarche préconisée aurait le mérite de rapprocher les dispositions de l'article 48-7 des règles déterminant leur application dans le temps. Elle contribuerait de la sorte à en permettre une lecture plus compréhensive et juste.

Dans la logique des considérations principales ci-avant exposées, il est ainsi proposé de conclure l'article 48-7 par un paragraphe (4) nouveau à la teneur suivante:

„(4) Les dispositions du présent article s'appliquent aux personnes dont la condamnation est devenue définitive après le ...“.

Ledit paragraphe (4) est à compléter le moment venu par l'indication de la date souhaitée d'entrée en vigueur de la loi en projet. A cet égard il est renvoyé aux développements ci-après consacrés à l'article 17.

Article 48-8

Du point de vue légistique, il convient de séparer les dispositions inhérentes au **paragraphe (1)** de celles reprises aux **paragraphes (2) et (3)** qu'il y aura lieu de regrouper sous un **article 48-9 nouveau** à insérer sous le point 1 de l'article 16 (17 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi sous avis.

Le paragraphe (1) du projet a en effet pour objet de déterminer les informations devant être consignées au procès-verbal de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines censés contribuer à l'établissement d'un profil d'ADN, alors que les deux autres ont trait aux dispositions des articles 48-3 à 48-8 dont l'inobservation entraîne la nullité des mesures entreprises, et étendent l'application de certaines dispositions de procédure aux actes posés en application des dispositions des articles 48-3 à 48-6 et 48-8 nouveaux du CIC.

Il en découle que, d'un point de vue formel, l'article 48-8 se résume désormais aux seules dispositions reprises au paragraphe (1) du projet de loi sous revue, les paragraphes (2) et (3) initiaux devenant respectivement les paragraphes (1) et (2) d'un **nouvel article 48-9**.

Le **paragraphe (1)** détaille les informations devant figurer au procès-verbal à dresser lors de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN.

D'après le Conseil d'Etat, il y a intérêt à différencier les hypothèses visées. En effet, ni les obligations procédurales ni les exigences au niveau de la qualification du personnel en charge ne sont forcément les mêmes dans les deux cas de figure visés.

Aussi est-il proposé de réserver aux seuls officiers de police judiciaire les opérations de prélèvement (sous réserve des prescriptions spéciales prévues pour la prise de sang), les constatations en rapport avec une découverte de cellules humaines pouvant indistinctement être effectués par un agent ou officier de police judiciaire.

Dans le contexte d'une découverte de cellules humaines, il est indispensable de prescrire que le procès-verbal afférent doive contenir un relevé des traces répertoriées et indiquer les conditions dans lesquelles ces dernières ont été trouvées et conservées.

Dans l'optique du Conseil d'Etat, l'article 48-8 serait partant à libeller comme suit:

„**Art. 48-8.**– (1) Lors de chaque prélèvement ou découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN, un procès-verbal doit être dressé indiquant:

1. le lieu, la date et l'heure auxquels ces opérations ont eu lieu;

2. l'identité et les qualités de la personne qui y a procédé;
3. les conditions dans lesquelles le prélèvement ou la découverte ont été effectuées
4. les conditions dans lesquelles les cellules humaines ont été conservées;
5. la référence du dossier correspondant de l'enquête préliminaire ou de l'instruction préparatoire en cause.

(2) Dans le contexte du prélèvement, le procès-verbal doit en outre fournir des informations concernant:

1. l'accord ou le refus de la personne concernée, respectivement de son représentant légal, de s'y soumettre;
2. les nom, prénoms, date et lieu de naissance et sexe de la personne concernée;
3. dans le cadre de l'application de l'article 48-7, la référence à la condamnation pénale en cause ainsi qu'à la décision du procureur général d'Etat de procéder au prélèvement.

(3) Le procès-verbal en rapport avec une opération de prélèvement est à dresser par un officier de police judiciaire.

Le procès-verbal en rapport avec une découverte de cellules humaines destinées à faire l'objet de l'établissement d'un profil d'ADN est à dresser par un agent ou officier de police judiciaire.“

Le **paragraphe (2)** de l'article 48-8 du projet de loi sous examen devient le **paragraphe (1)** de l'**article 48-9 nouveau**.

Au **paragraphe (3) (paragraphe (2) de l'article 48-9 nouveau** du CIC, selon le Conseil d'Etat), il est fait référence à l'article 48-9 du CIC dans la teneur du projet de loi portant 1. introduction notamment de l'instruction simplifiée, du contrôle judiciaire et réglementant les nullités de la procédure d'enquête, 2. modification de différents articles du Code d'instruction criminelle, et 3. abrogation de différentes lois spéciales (*Doc. parl. No 5354, sess. ord. 2005-2006*). Or, en cours de la procédure législative, ledit article 48-9 est devenu l'article 48-2 (Voir amendement afférent au *Doc. parl. No 5354¹, sess. ord. 2005-2006, p. 2*). Il s'en déduit que le renvoi correspondant doit être corrigé en conséquence.

Ad point 2

La modification projetée porte sur l'**article 39, paragraphe (4)** du Code d'instruction criminelle et n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Ad point 3

Ledit point concerne l'**article 40** du Code d'instruction criminelle qui rend applicable au cas de délit flagrant les articles 31 à 39 du même code. Inutile donc de préciser dans la disposition qu'il est proposé d'ajouter audit article 40 qu'elle a vocation de s'appliquer „même en cas de délit flagrant“.

Dans la ligne de ses développements antérieurs, à l'endroit des articles 48-5 et 48-7 du Code d'instruction criminelle, le Conseil d'Etat suggère de remanier comme suit la disposition destinée à être intégrée à l'article 40 concerné:

„Toutefois le prélèvement de cellules humaines sous contrainte physique aux fins de l'établissement d'un profil d'ADN ne peut être effectué que si les faits emportent une peine dont le maximum est égal ou supérieur à deux ans d'emprisonnement.“

Ad points 4 à 7

Ils ont respectivement pour objet les **articles 44, 45, 47-1 (nouveau) et 51** du Code d'instruction criminelle et ne comportent pas d'observation.

Article 17 (19 selon le Conseil d'Etat)

Ledit article règle l'application dans le temps de l'article 48-7 du Code d'instruction criminelle. Aussi, d'après le Conseil d'Etat, la disposition en cause aurait-elle sa place au sein même dudit article. A ce propos il est renvoyé aux observations afférentes ci-avant exposées.

Compte tenu de l'option préconisée en l'occurrence par le Conseil d'Etat, l'article 17 sous avis pourrait utilement être converti en mesure déterminant la mise en vigueur générale de la future loi relative aux empreintes génétiques en matière pénale et prendre la teneur ci-après:

„Art. 19.– La présente loi entre en vigueur le ...“.

La date en question, à déterminer en fonction de l'évolution de la procédure législative, devrait évidemment se refléter au niveau de l'article **48-7, paragraphe (4) nouveau** du Code d'instruction criminelle tel que proposé par le Conseil d'Etat.

L'article 17 (19 selon le Conseil d'Etat) sous examen devrait être intégré sous le Chapitre V – Dispositions *inales* ensemble avec l'article 18 (20 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi sous avis qui en permet la citation sous une forme abrégée et n'appelle pas d'observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 décembre 2005.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Pierre MORES