

GG

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 48.084/2
DU 3 MAI 2010

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 6 avril 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "modifiant le Code d'Instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale", a donné l'avis suivant :

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si l'avant-projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité de déposer un projet de loi devant le Parlement.

*

* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observation générale

1. Aux termes de l'exposé des motifs, l'avant-projet de loi à l'examen a pour principal objectif d'améliorer et de simplifier la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale. Plus précisément, il vise une procédure simple, claire et transparente, l'efficacité du déroulement de la procédure, un effet d'économie de même qu'un rendement maximal des banques de données ADN. L'avant-projet tend également "à apporter les adaptations nécessaires afin de mettre la législation belge en conformité avec certaines obligations internationales ", à savoir celles consacrées dans le Traité du 27 mai 2005 relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale (dit Traité de Prüm), Traité qui a été intégré dans le cadre juridique de l'Union européenne

.../...

par la décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008. Enfin, aux termes de l'exposé des motifs, l'avant-projet préserve l'équilibre essentiel entre les libertés individuelles, la vie privée des citoyens et le devoir de protéger la société ¹.

2. Le Traité de Prüm est entré en vigueur en Belgique le 6 mai 2007 (loi d'assentiment du 26 décembre 2006). Il a fait l'objet d'un Accord d'exécution conclu le 5 décembre 2006.

La décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 a intégré la plupart des dispositions du Traité de Prüm dans le cadre juridique de l'Union européenne. Elle a été complétée par une autre décision 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008, qui se fonde sur l'Accord d'exécution précité du 5 décembre 2006, et établit les dispositions administratives et techniques nécessaires à la mise en oeuvre de la décision 2008/615/JAI. Conformément à l'article 35 de la décision 2008/615/JAI, "[à] l'égard des États membres concernés, les dispositions pertinentes de la présente décision s'appliquent en lieu et place des dispositions correspondantes qui figurent dans le traité de Prüm". Quant à l'article 22 de la décision 2008/616/JAI, il dispose aussi que "[p]our les États membres qui sont liés par le traité de Prüm, les dispositions concernées de la présente décision et de son annexe, lorsqu'elles seront pleinement en vigueur, s'appliquent en lieu et place des dispositions correspondantes contenues dans l'accord d'exécution du traité de Prüm". Ces deux décisions de l'Union européenne doivent être transposées dans l'ordre interne belge. Elles relèvent en effet du titre VI du Traité sur l'Union européenne. Il ne suffit donc pas, comme l'auteur le déclare dans l'exposé des motifs, d'"apporter les adaptations nécessaires afin de mettre la législation belge en conformité avec certaines obligations internationales", le droit européen, même lorsqu'il a pour base le titre VI précité du Traité sur l'Union européenne, ne pouvant être assimilé au droit international général. C'est l'ensemble des dispositions des décisions précitées qui doivent être transposées en droit belge, à tout le moins, s'agissant de la matière ici en cause, en ce qui concerne le transfert automatisé des profils ADN.

⁽¹⁾ Exposé des motifs, pp. 6 à 8.

3. Malgré le fait qu'aucune disposition de l'avant-projet de loi ne mentionne clairement et expressément l'objectif de transposition des décisions précitées de l'Union européenne et malgré le fait qu'aucun tableau de transposition n'est joint à l'avant-projet, il ressort de l'exposé des motifs et des références expresses à la décision 2008/615/JAI du Conseil dans les articles 10 et 20 de l'avant-projet ² que son auteur tend à transposer à tout le moins cette décision. Mais cet objectif paraît bien accessoire en comparaison des autres objectifs poursuivis par l'auteur de l'avant-projet. Tant dans le texte de l'avant-projet lui-même que dans l'exposé des motifs ³, les références à la décision 2008/615/JAI du Conseil sont rares.

4. Certes, il ne peut s'agir que d'une transposition partielle puisque, comme le Traité de Prüm et son Accord d'exécution, les décisions 2008/615/JAI et 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008 comportent bon nombre d'autres dispositions que celles portant sur les profils ADN (entre autres sur les données dactyloscopiques, les données relatives à l'immatriculation des véhicules etc.).

Mais, même limitée aux profils ADN, l'opération paraît incomplète. À certains égards, l'avant-projet de loi paraît *a priori* conforme aux dispositions de la décision 2008/615/JAI ⁴. En outre, un article de l'avant-projet semble, à tout le moins, viser à transposer une disposition de la décision 2008/615/JAI : l'article 20 de l'avant-projet, qui insère un article 8*bis* dans la loi du 22 mars 1999, paraît en effet transposer de l'article 4 de la décision 2008/615/JAI relatif à la comparaison automatisée de profils ADN, sans que cela soit toutefois expressément précisé dans l'exposé des motifs. La section de législation du Conseil d'État s'interroge toutefois sur la transposition de bien d'autres dispositions de cette décision 2008/615/JAI. Qu'en est-il par exemple de l'article 3 de cette décision, qui a trait à la consultation automatisée de profils ADN ? Pourquoi l'article 4 de l'avant-projet (article 44*quinquies*, § 1^{er}, alinéa 2, 6/, du Code d'instruction criminelle tel que modifié) et son article 14 (article 5*bis*, 2/, de la loi du 22 mars 1999) mentionnent les banques étrangères de données ADN, lesquelles sont

(2) Il s'agit respectivement des articles 2, 7/, et 8*bis*, § 2, de la loi du 22 mars 1999 tels que modifiés par l'avant-projet.

(3) Exposé des motifs, sous les articles 16 et 20.

(4) Voir par exemple les exigences de l'article 2, §§ 1 et 2 de cette décision.

définies comme "les banques de données ADN créées et gérées par d'autres États aux fins de la procédure pénale" (article 2 de l'avant-projet remplaçant l'article 44^{ter} du Code d'instruction criminelle) ? L'auteur de l'avant-projet vise-t-il "les banques de données ADN d'autres États membres de l'Union européenne" et des "banques de données ADN créées et gérées par les autres États membres de l'Union européenne", comme le fait d'ailleurs le commentaire de l'article 4 de l'avant-projet ? Dans l'affirmative, le dispositif en projet est insuffisant : il faudrait que l'auteur aille, déjà dans le cadre du présent avant-projet, dans le sens d'une transposition plus complète des deux décisions précitées.

Qu'en est-il par ailleurs de la transposition de la décision 2008/616/JAI, pourtant mentionnée dans l'exposé des motifs ? À son propos, pourquoi les définitions de certaines notions qu'introduit l'avant-projet dans le Code d'instruction criminelle (article 2 de l'avant-projet remplaçant l'article 44^{ter} du Code d'instruction criminelle) et dans la loi du 22 mars 1999 (article 10 de l'avant-projet remplaçant l'article 2 de la loi du 22 mars 1999) ne correspondent-elles pas aux définitions qui sont données de ces mêmes notions dans cette décision 2008/616/JAI ⁵ et pourquoi certaines notions définies dans ladite décision ne le sont-elles pas dans l'avant-projet ?

Enfin, et au-delà des dispositions portant spécifiquement sur les profils ADN, qu'en est-il de la transposition des dispositions de ces décisions relatives à la protection des données ? L'auteur de l'avant-projet doit s'assurer de la mise en œuvre effective de ces garanties essentielles aux droits de la personne.

5. L'avant-projet étant lacunaire pour ce qui concerne la transposition des décisions précitées 2008/615/JAI et 2008/616/JAI en matière de transfert automatisé des profils ADN, il appartient à son auteur de le compléter sur ce point, en fournissant en outre les tableaux de concordance entre ces décisions et les dispositions, en vigueur ou en projet, qui tendent à assurer cette transposition, ainsi qu'en sens inverse entre les dispositions en projet et celles des décisions. Dans ces conditions, les dispositions de l'avant-projet qui tendent, semble-t-il, à assurer partiellement cette transposition, spécialement les articles 2, 7/, et 8^{bis} en projet de la loi précitée du 22 mars 1999, ne seront pas examinées dans le présent avis.

⁽⁵⁾ Voir entre autres la notion de comparaison de profil ADN.

Il appartiendra à l'auteur de l'avant-projet de soumettre l'avant-projet de loi de transposition de ces décisions à l'avis du Conseil d'État, qui pourra procéder alors à un examen global de ces questions.

C'est sous cette importante réserve qu'il a été procédé à l'examen du présent avant-projet, pour ce qui concerne les modifications qu'il tend à apporter au droit interne.

Observations particulières

Dispositif

Articles 3, 4, 5, 6 et 7

(articles 44^{quater}, 44^{quinquies}, 44^{sexies}, 90^{undecies} et 90^{duodecies} en projet du Code d'instruction criminelle)

En vertu de l'article 44^{quater}, § 1^{er}, 2/, 44^{quinquies}, § 4, 2/, 44^{sexies}, § 2, alinéa 1^{er}, 90^{undecies}, § 4, 2/, 90^{duodecies}, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, le procureur du Roi ou le juge d'instruction désigne un expert attaché à un laboratoire pour comparer entre eux des profils ADN de traces découvertes dans le cadre d'une affaire déterminée ou des profils ADN d'échantillons de référence avec des profils ADN de traces découvertes dans l'affaire.

Il se peut que la trace ou l'échantillon de référence à comparer soit transmis à l'expert longtemps après la trace découverte initialement. Pour que l'expert puisse remplir sa mission, il faudrait que son laboratoire ait gardé le profil ADN de la trace initiale. Il semble cependant qu'une telle conservation soit interdite par l'article 8^{ter} en projet de la loi du 22 mars 1999 "relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale" (article 21 de l'avant-projet), qui implique que seul l'Institut National de Criminalistique et de Criminologie est autorisé à conserver des profils ADN de traces et d'échantillons de référence. Qu'en sera-t-il, en outre, si le laboratoire chargé de la comparaison n'est pas le même que celui qui a analysé la trace initiale ? L'on pourrait imaginer que l'expert ait accès au profil ADN de la trace

.../...

initialement découverte via la banque de donnée "Criminalistique", mais aucune disposition de l'avant-projet ne prévoit un tel accès.

Selon la représentante du ministre :

- 1/ l'article 8^{ter} en projet sera clarifié afin de ne pas exclure la conservation de profils ADN de traces par un laboratoire afin de permettre une comparaison de ces profils avec des profils de traces ou d'échantillons de référence obtenus ultérieurement dans le même dossier;
- 2/ l'article 17, § 1^{er}, de l'arrêté royal d'exécution mentionnera que "les laboratoires peuvent conserver les données relatives aux analyses ADN au moyen d'un archivage électronique à la seule fin judiciaire de pouvoir en assurer la traçabilité en toutes circonstances";
- 3/ lorsque le laboratoire chargé de la comparaison n'est pas le même que celui qui a analysé la trace initiale, la situation est réglée par le magistrat requérant, qui demande au laboratoire initial de transférer les résultats de la première analyse au second laboratoire.

En ce qui concerne le 2/, en vertu du principe de légalité de la procédure pénale, la précision devrait figurer dans la loi. Par ailleurs, l'expression "assurer la traçabilité" semble plus restrictive que celle de comparaison.

La précision mentionnée au 3/ gagnerait à figurer dans l'exposé des motifs.

Article 3

(article 44^{quater} en projet du même Code)

Tout comme il le fait à l'article 44^{quinquies} pour les échantillons de référence et conformément au principe de légalité de la procédure pénale, l'avant-projet - et non l'arrêté royal d'exécution - doit préciser combien de temps doivent être conservés les échantillons de traces. Compte tenu de la nécessité de les conserver aussi longtemps

.../...

qu'une expertise et une contre-expertise portant sur la comparaison de ces traces avec un échantillon de référence sont possibles, le délai ne peut être inférieur à trente ans.

Article 4

(article 44quinquies en projet du même Code)

1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, 4/, en projet, ne faudrait-il pas mentionner "la comparaison unique de son profil ADN" afin de bien faire apparaître que la comparaison n'a lieu qu'une seule fois.

La même observation vaut pour l'article 90undecies, § 1^{er}, alinéa 2, 5/, en projet du Code d'instruction criminelle.

2. L'exposé des motifs précise que "La comparaison du profil de référence avec ceux enregistrés dans le fichier «Criminalistique» permet de chercher les corrélations avec les profils des traces non identifiées dans d'autres dossiers d'enquête". La comparaison pourra cependant également se faire avec les profils de traces identifiées, ce qui permettra de constater, notamment en cas de recours à des alias, que le profil analysé est le même que celui d'un suspect dans un autre dossier.

L'exposé des motifs sera complété en conséquence.

Article 6

(article 90undecies en projet du même Code)

1. L'article 90undecies actuel précise que les pouvoirs donnés au juge d'instruction le sont "sans préjudice de l'application de l'article 56, § 1^{er}, alinéa 3" du Code d'instruction criminelle, qui dispose que le juge d'instruction peut poser lui-même les actes qui relèvent de la police judiciaire, de l'information et de l'instruction. Cela explique, notamment, que les dispositions relatives à l'analyse des profils ADN des traces découvertes ne sont pas reprises à l'article 90undecies en projet.

.../...

Il conviendrait de maintenir la référence à l'article 56, § 1^{er}, alinéa 3, du Code d'instruction criminelle, comme il est prévu actuellement.

2. L'article 90*undecies*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet ne mentionne que les indices de culpabilité "dans la commission des faits dont [le juge d'instruction] est saisi" alors que l'article 44*quinquies*, § 1^{er}, vise les "indices de culpabilité dans la commission des faits de l'affaire dont [le procureur du Roi] a la charge, ou dans la commission de faits similaires" lesquels seraient dès lors susceptibles de se rattacher au périmètre factuel de sa saisine.

L'exposé des motifs explique comme suit cette différence :

"[...] le juge d'instruction est en effet saisi d'un dossier déterminé et ne peut étendre ses pouvoirs à d'autres dossiers, alors que pendant l'information, les pouvoirs du procureur du [R]oi ne sont pas limités à un dossier déterminé «dont il est saisi»".

Ce faisant, l'auteur de l'avant-projet se méprend sur les limites de la saisine du juge d'instruction. Le juge d'instruction est saisi d'un fait. S'il existe une trace dont le profil génétique a été établi, il pourrait, pour élucider le fait dont il est saisi, demander la comparaison du profil génétique de la trace avec celui d'une personne soupçonnée, dans un autre dossier, de faits similaires.

3. Au paragraphe 6, en projet, dans la version française, il y a lieu de mentionner l'article 5*quater*, "§ 2 à § 4" et non "§ 2, au 4".

Articles 8 et 9

(articles 158*quinquies* et 190*quater* en projet du même Code)

Selon l'exposé des motifs, ces articles sont inspirés de l'article 189*bis* du Code d'instruction criminelle relatif aux témoins anonymes. L'alinéa 2 de cet article dispose cependant que "le tribunal peut ordonner au juge d'instruction [...]". Pourquoi, dès lors, écrire dans l'avant-projet que le tribunal peut "inviter le procureur du Roi à requérir un juge d'instruction" ?

.../...

Plus fondamentalement, le Conseil d'État se demande pourquoi s'inspirer de la procédure prévue à l'article 189*bis*, qui concerne une hypothèse fort différente de l'analyse ADN. Le Conseil d'État n'aperçoit pas pour quelle raison le juge ne pourrait ordonner lui-même l'analyse ADN, comme il peut le faire, conformément au droit commun, pour d'autres mesures d'expertise.

Article 10

(article 2 en projet de la loi du 22 mars 1999)

Le 8/ en projet définit la "cellule nationale" comme étant "le service qui est organisé auprès du Ministère public et qui attribue les numéros de codes ADN, conformément aux modalités fixées par le Roi".

Conformément au principe de légalité en matière d'organisation judiciaire et de procédure pénale, il appartient à la loi elle-même de créer la Cellule nationale, d'en fixer la composition et les règles essentielles de fonctionnement ainsi que les règles essentielles relatives à l'attribution des codes ADN.

Article 12

(article 4 en projet de la même loi)

1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, 3/, en projet, il serait plus clair de mentionner "les profils ADN d'échantillons de référence pour lesquels un lien positif est établi conformément à l'article 5*quater*, § 2, alinéa 2".

2. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, 4/, en projet, dans la version française, il y a lieu d'écrire "alinéa 2" et non "second alinéa".

3. Au paragraphe 2, alinéa 3, si telle est l'intention de l'auteur du projet, les mots "En cas d'application de l'alinéa 2, 2/" doivent être remplacés par les mots "Lorsque la décision est coulée en force de chose jugée".

.../...

Article 13

(article 5 en projet de la même loi)

1. Au paragraphe 1^{er}, alinéa 6, en projet, pourquoi mentionner "les données visées aux articles 5*bis*, alinéa 2, 5*ter*, § 3, alinéa 2" alors que ces données sont celles mentionnées à l'article 44*quater*, § 3, alinéa 2, déjà visé à l'alinéa 5 ?

2. Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, le texte devrait préciser quel est "le magistrat compétent" qui peut fixer un délai plus court de conservation des profils ADN et des données y relatives dans la banque de données "Condamnées".

Article 16

(article 5*quater* en projet de la même loi)

1. Le paragraphe 2 dispose que les profils ADN transmis conformément aux articles 44*quinquies*, § 7, et 90*undecies*, § 6, du Code d'instruction criminelle ne sont comparés "qu'une seule fois" avec les profils ADN enregistrés dans les banques nationales de données ADN.

Il convient d'expliquer plus en détail les raisons d'être de cette disposition dans l'exposé des motifs.

Ne conviendrait-il pas de prévoir une exception, dans le cas où dans le cadre de la même affaire, l'enquête se prolonge et fait apparaître la nécessité d'une nouvelle comparaison ?

2. Le paragraphe 4, alinéa 1^{er}, dispose que le gestionnaire des banques nationales de données ADN ou son délégué notifie d'office le résultat de la comparaison des profils ADN aux magistrats compétents, le cas échéant, via la cellule nationale.

Conformément au principe de légalité de la procédure pénale, il y a lieu de préciser dans la loi dans quels cas la notification du résultat se fait par le biais de la cellule nationale.

Article 18

(article 7 en projet de la même loi)

Comme déjà mentionné, en vertu du principe de légalité de la procédure pénale, les règles essentielles relatives à l'attribution des numéros de code ADN doivent être fixées dans l'avant-projet et non dans son arrêté royal d'exécution.

Article 19

(article 8 en projet de la même loi)

1. Interrogé sur l'opportunité de supprimer le régime transitoire actuel, la représentante du ministre a répondu :

"Il est vrai, bien que sans doute rarement, que des personnes pourraient encore tomber sous le régime de l'article 8 actuel de la loi du 22 mars 1999. Mais la nouvelle formulation de l'article 8 en projet vise précisément à élargir les dispositions transitoires, en incluant tous les cas antérieurement visés par l'actuel article 8 de la loi ADN. Les cas visés par les dispositions transitoires de la loi du 22 mars 1999 seraient donc toujours couverts par le nouveau texte en projet".

2. À l'alinéa 1^{er}, il y a lieu de remplacer les mots "pour avoir commis ou tenté de commettre une des infractions visées à l'article 5, § 1^{er}, alinéa 3", par les mots "pour avoir commis une des infractions visées à l'article 5, § 1^{er}, alinéas 3 et 4".

3. À l'alinéa 2 ne serait-il pas plus clair d'écrire :

"Dans ce cas, il est procédé conformément aux articles *5bis* et *5ter*. Le cas échéant, le profil ADN de ces personnes sera établi pendant leur privation de liberté en raison de la condamnation ou de la mesure d'internement" ?

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. de LEVAL,	assesseurs de la section de législation,
Mesdames	A. WEYEMBERGH,	
	B. VIGNERON,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, premier auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

B. VIGNERON

Y. KREINS

GG

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.084/2
VAN 3 MEI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 6 april 2010 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende wijziging van het Wetboek van Strafvordering en van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken", heeft het volgende advies gegeven :

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit voorontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het indienen van een wetsontwerp bij het parlement noodzakelijk is.

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerking

1. Naar luid van de memorie van toelichting strekt het voorliggende voorontwerp van wet hoofdzakelijk ertoe de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken te verbeteren en te vereenvoudigen. Meer bepaald beoogt het een eenduidige, duidelijke en transparante procedure, een efficiënt procesverloop, een kostenbesparend effect en een maximaal rendement van de DNA-databanken. Het voorontwerp beoogt eveneens "de nodige aanpassingen te doen om de Belgische wetgeving in overeenstemming te brengen met bepaalde internationale verplichtingen", te weten die welke zijn vastgelegd in het Verdrag van 27 mei 2005 inzake de intensivering van de grensoverschrijdende samenwerking, in het bijzonder ter bestrijding van het terrorisme, de grensoverschrijdende criminaliteit en de illegale migratie (het zogeheten

.../...

Verdrag van Prüm), dat bij besluit 2008/615/JBZ van de Raad van 23 juni 2008 is opgenomen in het juridisch bestel van de Europese Unie. Tot slot behoudt het voorontwerp volgens de memorie van toelichting het noodzakelijke evenwicht tussen de persoonlijke vrijheden, de privacy van de burgers en de plicht om de samenleving te beschermen ⁶.

2. Het Verdrag van Prüm is in België in werking getreden op 6 mei 2007 (instemmingswet van 26 december 2006). Het heeft aanleiding gegeven tot een uitvoeringsovereenkomst gesloten op 5 december 2006.

Besluit 2008/615/JBZ van de Raad van 23 juni 2008 heeft het merendeel van de bepalingen van het Verdrag van Prüm opgenomen in het juridisch bestel van de Europese Unie. Dit besluit is aangevuld met besluit 2008/616/JBZ van de Raad van 23 juni 2008, dat gebaseerd is op de voornoemde uitvoeringsovereenkomst van 5 december 2006 en dat de administratieve en technische bepalingen vaststelt die nodig zijn ter uitvoering van besluit 2008/615/JBZ. Artikel 35 van besluit 2008/615/JBZ schrijft voor : "Voor de betrokken lidstaten zullen de desbetreffende bepalingen van dit besluit worden toegepast in de plaats van de overeenkomstige bepalingen in het Verdrag van Prüm". Artikel 22 van besluit 2008/616/JBZ bepaalt zijnerzijds : "Voor de door het Verdrag van Prüm gebonden lidstaten treden de desbetreffende bepalingen van dit besluit en de bijlage, wanneer zij volledig in werking zijn getreden, in de plaats van de overeenkomstige bepalingen van de Uitvoeringsovereenkomst van het Verdrag van Prüm.". Deze twee besluiten van de Europese Unie moeten worden omgezet in de interne Belgische rechtsorde. Ze ressorteren immers onder titel VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Het is dus niet voldoende om, zoals de steller verklaart in de memorie van toelichting, "de nodige aanpassingen te doen om de Belgische wetgeving in overeenstemming te brengen met bepaalde internationale verplichtingen", daar het Europese recht, ook al is het gebaseerd op de voornoemde titel VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie, niet kan worden gelijkgesteld met het algemene internationale recht. De bepalingen van de voornoemde besluiten moeten in hun geheel worden omgezet in het Belgische recht, althans - gelet op de alhier bedoelde aangelegenheid - wat de geautomatiseerde overdracht van DNA-profielen betreft.

⁽⁶⁾ Memorie van toelichting, blz. 6 tot 8.

3. Hoewel geen enkele bepaling van het voorontwerp van wet duidelijk en uitdrukkelijk aangeeft wat het doel is van de omzetting van de voornoemde besluiten van de Europese Unie en hoewel geen enkele omzettingstabel gevoegd is bij het voorontwerp, blijkt uit de memorie van toelichting en uit de uitdrukkelijke verwijzingen, in de artikelen 10 en 20 van het voorontwerp ⁷, naar besluit 2008/615/JBZ van de Raad dat de steller ervan op zijn minst dit besluit beoogt om te zetten. Dit voornemen lijkt evenwel zeer bijkomstig vergeleken met de overige doelstellingen van de steller van het voorontwerp. Zowel in de tekst van het voorontwerp zelf als in de memorie van toelichting ⁸ zijn de verwijzingen naar besluit 2008/615/JBZ van de Raad zeldzaam.

4. Het kan echter slechts om een gedeeltelijke omzetting gaan, daar het Verdrag van Prüm en zijn uitvoeringsovereenkomst, alsook de besluiten 2008/615/JBZ en 2008/616/JBZ van de Raad van 23 juni 2008 tal van andere bepalingen bevatten dan die welke betrekking hebben op DNA-profielen (onder meer in verband met dactyloscopische gegevens en gegevens uit kentekenregisters, enz.).

Zelfs indien de omzetting beperkt wordt tot DNA-profielen, lijkt ze echter onvolledig. In sommige opzichten lijkt het voorontwerp van wet *a priori* in overeenstemming te zijn met de bepalingen van besluit 2008/615/JBZ ⁹. Althans één artikel van het voorontwerp lijkt de omzetting te beogen van een bepaling van besluit 2008/615/JBZ: artikel 20 van het voorontwerp, dat een artikel *8bis* invoegt in de wet van 22 maart 1999, lijkt immers te voorzien in de omzetting van artikel 4 van besluit 2008/615/JBZ, dat de geautomatiseerde vergelijking van DNA-profielen betreft, ofschoon die omzetting niet uitdrukkelijk wordt gepreciseerd in de memorie van toelichting. De afdeling Wetgeving van de Raad van State stelt zich echter vragen omtrent de omzetting van tal van andere bepalingen van dit besluit 2008/615/JBZ. Wat bijvoorbeeld met artikel 3 van dit besluit, dat de geautomatiseerde bevraging van DNA-profielen betreft ? Waarom vermelden artikel 4 van het voorontwerp (het aldus gewijzigde artikel 44*quiquies*, § 1, tweede lid, 6/, van het Wetboek van Strafvordering)

(⁷) Respectievelijk de artikelen 2, 7/, en 8*bis*, § 2, van de wet van 22 maart 1999, zoals ze bij het voorontwerp worden gewijzigd.

(⁸) Memorie van toelichting, onder de artikelen 16 en 20.

(⁹) Zie bijvoorbeeld de voorschriften van artikel 2, §§ 1 en 2, van dit besluit.

en artikel 14 ervan (artikel 5bis, 2/, van de wet van 2 maart 1999) de buitenlandse DNA-gegevensbanken, die worden gedefinieerd als "de DNA-gegevensbanken opgericht en beheerd door andere Staten met het oog op de strafprocedure" (artikel 2 van het voorontwerp, dat artikel 44ter van het Wetboek van Strafvordering vervangt) ? Bedoelt de steller van het voorontwerp de "DNA-gegevensbanken van andere lidstaten van de Europese Unie" en "DNA gegevensbanken opgericht en beheerd door de andere lidstaten van de Europese Unie", zoals overigens te lezen staat in de bespreking van artikel 4 van het voorontwerp ? Zo ja, dan is het ontworpen dispositief ontoereikend: de steller moet reeds in het kader van het onderhavige voorontwerp kiezen voor een volledige omzetting van de twee voornoemde besluiten.

Wat bovendien met de omzetting van besluit 2008/616/JBZ, dat nochtans wordt vermeld in de memorie van toelichting ? Waarom stemmen in dat verband de definities van sommige begrippen die het voorontwerp invoert in het Wetboek van Strafvordering (artikel 2 van het voorontwerp, dat artikel 44ter van het Wetboek van Strafvordering vervangt) en in de wet van 22 maart 1999 (artikel 10 van het voorontwerp, dat artikel 2 van de wet van 22 maart 1999 vervangt) niet overeen met de definities van diezelfde begrippen in dit besluit 2008/616/JBZ ¹⁰ en waarom worden sommige in dat besluit gedefinieerde begrippen niet gedefinieerd in het voorontwerp ?

Wat ten slotte, bovenop de bepalingen die specifiek betrekking hebben op DNA-profielen, met de omzetting van de bepalingen van deze besluiten die de gegevensbescherming betreffen ? De steller van het voorontwerp moet zich ervan vergewissen dat deze garanties, die van wezenlijk belang zijn voor de rechten van de persoon, daadwerkelijk ten uitvoer worden gelegd.

5. Het voorontwerp is zeer onvolledig wat betreft de omzetting van de voornoemde besluiten 2008/615/JBZ en 2008/616/JBZ op het stuk van de geautomatiseerde overdracht van DNA-profielen, zodat de steller het voorontwerp op dit punt moet aanvullen, waarbij hij tevens de tabellen van overeenstemming tussen de besluiten en de vigerende of de in ontwerpfasen zijnde bepalingen die tot die omzetting strekken, moet bezorgen, alsook de omgekeerde tabel tussen de ontwerpbe-
palingen en die

⁽¹⁰⁾ Zie onder meer het begrip "vergelijking van DNA-profielen".

van de besluiten. In die omstandigheden worden de bepalingen van het voorontwerp die blijkbaar gedeeltelijk voor die omzetting moeten zorgen, inzonderheid de ontworpen artikelen 2, 7I, en 8bis van de voornoemde wet van 22 maart 1999, niet onderzocht in dit advies.

De steller van het voorontwerp moet het voorontwerp van wet houdende omzetting van deze besluiten om advies voorleggen aan de Raad van State, die deze aangelegenheden alsdan in hun geheel kan onderzoeken.

Onder dit belangrijke voorbehoud is dit voorontwerp onderzocht wat betreft de wijzigingen die het beoogt aan te brengen in het interne recht.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikelen 3, 4, 5, 6 en 7

(ontworpen artikelen 44quater, 44quinquies, 44sexies, 90undecies en 90duodecies van het Wetboek van Strafvordering)

De procureur des Konings of de onderzoeksrechter wijst krachtens de ontworpen artikelen 44quater, § 1, 2I, 44quinquies, § 4, 2I, 44sexies, § 2, eerste lid, 90undecies, § 4, 2I, en 90duodecies, § 3, eerste lid, een deskundige verbonden aan een laboratorium aan om onderling DNA-profielen van sporen te vergelijken die zijn aangetroffen in het kader van een bepaalde zaak, of om DNA-profielen van referentiestalen te vergelijken met DNA-profielen van sporen aangetroffen in het kader van de zaak.

Het geval kan zich voordoen dat het te vergelijken spoor of referentiestaal aan de deskundige lange tijd na het oorspronkelijk aangetroffen spoor wordt overgezonden. Opdat de deskundige zijn taak kan uitvoeren, moet zijn laboratorium het DNA-profiel van het oorspronkelijke spoor bewaard hebben. Een zodanige bewaring lijkt evenwel verboden te zijn bij het ontworpen artikel 8ter van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken (artikel 21 van het

.../...

voorontwerp), dat inhoudt dat alleen het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie bevoegd is om DNA-profielen van aangetroffen sporen en van referentiestalen te bewaren. Wat bovendien indien het met de vergelijking belaste laboratorium niet hetzelfde is als het laboratorium dat het oorspronkelijke spoor heeft onderzocht ? Men kan zich indenken dat een deskundige via de gegevensbank "Criminalistiek" toegang heeft tot het DNA-profiel van het oorspronkelijk aangetroffen spoor, maar geen enkele bepaling van het voorontwerp regelt een zodanige toegang.

De vertegenwoordigster van de minister heeft daaromtrent gesteld dat :

- 1/ het ontworpen artikel 8^{ter} zal worden verduidelijkt, zodat het voor een laboratorium mogelijk wordt om DNA-profielen van sporen te bewaren met het oog op een vergelijking van die profielen met de profielen van sporen of referentiestalen die later in hetzelfde dossier zijn verkregen;
- 2/ artikel 17, § 1, van het koninklijk uitvoeringsbesluit zal vermelden dat de laboratoria de gegevens betreffende DNA-onderzoek door middel van elektronische archivering kunnen bewaren, uitsluitend om in het kader van een gerechtelijk onderzoek de traceerbaarheid ervan in alle omstandigheden te kunnen verzorgen;
- 3/ indien het laboratorium belast met de vergelijking niet het laboratorium is dat het oorspronkelijke spoor heeft onderzocht, wordt de situatie geregeld door de verzoekende magistraat, die het oorspronkelijke laboratorium vraagt de uitslag van het eerste onderzoek over te zenden aan het tweede laboratorium.

Wat het punt onder 2/ betreft, moet die precisering krachtens het beginsel van de legaliteit van de strafrechtspleging opgenomen worden in de wet. Voorts lijkt de uitdrukking "de traceerbaarheid verzorgen" beperkender dan die met betrekking tot de vergelijking.

De precisering vermeld onder 3/ dient te worden opgenomen in de memorie van toelichting.

Artikel 3

(ontworpen artikel 44^{quater} van hetzelfde Wetboek)

Zoals het geval is in artikel 44^{quinqües} wat de referentiestalen betreft, en overeenkomstig het beginsel van de legaliteit van de strafrechtspleging, moet het voorontwerp - en niet het uitvoeringsbesluit - aangeven hoe lang de stalen van sporen bewaard moeten worden. Gelet op de noodzaak om ze zo lang te bewaren als een deskundigenonderzoek en een tegenonderzoek omtrent de vergelijking van die sporen met een referentiestaal mogelijk zijn, kan de duur niet korter zijn dan dertig jaar.

Artikel 4

(ontworpen artikel 44^{quinqües} van hetzelfde Wetboek)

1. Teneinde duidelijk aan te geven dat de vergelijking slechts eenmaal plaatsvindt, zou het wellicht beter zijn om in de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, 4/, te schrijven: "de eenmalige vergelijking van zijn DNA-profiel".

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 90^{undecies}, § 1, tweede lid, 5/, van het Wetboek van Strafvordering.

2. In de memorie van toelichting staat te lezen: "Door het referentieprofiel te vergelijken met de in het bestand «Criminalistiek» opgeslagen profielen kan worden gezocht naar verbanden met de profielen van niet-geïdentificeerde sporen in andere onderzoeksdossiers". De vergelijking kan echter ook plaatsvinden met de profielen van geïdentificeerde sporen, zodat - onder meer wanneer aliassen worden gebruikt - kan worden geconstateerd dat het onderzochte profiel identiek is aan dat van een verdachte in een ander dossier.

De memorie van toelichting moet dienovereenkomstig worden aangevuld.

Artikel 6

(ontworpen artikel 90undecies van hetzelfde Wetboek)

1. Het huidige artikel 90undecies bepaalt dat de aan de onderzoeksrechter verleende bevoegdheid geldt "onverminderd de toepassing van artikel 56, § 1, derde lid" van het Wetboek van Strafvordering, naar luid waarvan hij zelf de handelingen mag verrichten die behoren tot de gerechtelijke politie, het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek. Dat verklaart onder meer dat de bepalingen inzake het onderzoek van de DNA-profielen van aangetroffen sporen niet zijn opgenomen in het ontworpen artikel 90undecies.

De huidige verwijzing naar artikel 56, § 1, derde lid, van het Wetboek van Strafvordering moet worden behouden.

2. Het ontworpen artikel 90undecies, § 1, eerste lid, vermeldt alleen de aanwijzingen van schuld "bij het plegen van feiten waarvoor [de onderzoeksrechter] geadieerd is", terwijl in artikel 44quinquies, § 1, sprake is van de "aanwijzingen van schuld bij het plegen van de feiten van de zaak waarmee [de procureur des Konings] belast is, of bij het plegen van gelijkaardige feiten", welke aldus derhalve zouden kunnen vallen binnen zijn feitelijke bevoegdheidssfeer.

Dit verschil wordt in de memorie van toelichting als volgt verklaard :

"[...] de onderzoeksrechter is immers geadieerd voor één bepaald dossier en kan zijn bevoegdheden niet uitbreiden tot andere dossiers, daar waar tijdens het opsporingsonderzoek de bevoegdheden van de procureur des Konings niet beperkt zijn tot een welbepaalde zaak die bij hem 'aanhangig gemaakt is'."

Aldus vergist de steller van het voorontwerp zich omtrent de grenzen van de bevoegdheid van de onderzoeksrechter. De onderzoeksrechter wordt geadieerd naar aanleiding van een feit. Indien een spoor voorhanden is waarvan het genetisch profiel is vastgesteld, kan hij ter opheldering van het bij hem aanhangig gemaakte feit, vragen dat het genetisch profiel van het spoor vergeleken wordt met het genetisch profiel van een persoon die in een ander dossier van soortgelijke feiten wordt verdacht.

.../...

3. In de Franse lezing van de ontworpen paragraaf 6 dient te worden verwezen naar artikel 5*quater*, "§ 2 à § 4" in plaats van "§ 2, au § 4".

Artikelen 8 en 9

(ontworpen artikelen 158*quinquies* en 190*quater* van hetzelfde Wetboek)

Volgens de memorie van toelichting zijn deze artikelen gebaseerd op artikel 189*bis* van het Wetboek van Strafvordering, dat de anonieme getuigen betreft. Het tweede lid van dit artikel bepaalt echter dat "de rechtbank de onderzoeksrechter gelasten kan [...]". Waarom staat dan in het voorontwerp te lezen dat de rechtbank "de procureur des Konings kan uitnodigen om een onderzoeksrechter te vorderen" ?

Fundamenteleer nog, de Raad van State vraagt zich af waarom wordt teruggegrepen naar de procedure omschreven in artikel 189*bis*, die een aangelegenheid betreft welke zeer verschillend is van het DNA-onderzoek. Het is de Raad van State niet duidelijk waarom de rechter niet zelf het DNA-onderzoek kan gelasten, terwijl hij dat overeenkomstig het gemene recht wel kan voor andere onderzoeksdaaden.

Artikel 10

(ontworpen artikel 2 van de wet van 22 maart 1999)

Het ontworpen punt 8/ omschrijft de "nationale cel" als "de dienst die georganiseerd is bij het Openbaar Ministerie en die de DNA-codenummers toekent overeenkomstig de door de Koning bepaalde modaliteiten".

Overeenkomstig het beginsel van de legaliteit op het gebied van de rechterlijke organisatie en de strafrechtspleging moet in de wet zelf de nationale cel worden opgericht en de samenstelling ervan worden bepaald, alsook de basisregels inzake de werking ervan en die inzake de toekenning van de DNA-codes.

Artikel 12

(ontworpen artikel 4 van dezelfde wet)

1. Het zou duidelijker zijn om in de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, 3/, te schrijven: "de DNA-profielen van referentiestalen waarvoor een positief verband is vastgesteld overeenkomstig artikel 5^{quater}, § 2, tweede lid".

2. In de Franse lezing van de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, 4/, schrijven men "alinéa 2" in plaats van "second alinéa".

3. In paragraaf 2, derde lid, moeten, indien dit de bedoeling is van de steller van het ontwerp, de woorden "In geval van toepassing van het tweede lid, 2/" vervangen worden door de woorden "Indien de beslissing in kracht van gewijsde is getreden".

Artikel 13

(ontworpen artikel 5 van dezelfde wet)

1. Waarom worden in de ontworpen paragraaf 1, zesde lid, "de gegevens bedoeld in de artikelen 5^{bis}, tweede lid, 5^{ter}, § 3, tweede lid" vermeld, terwijl het de gegevens vermeld in artikel 44^{quater}, § 3, tweede lid, betreft, dat reeds genoemd wordt in het vijfde lid ?

2. De tekst van paragraaf 2, eerste lid, dient te preciseren wie de "bevoegde magistraat" is die een kortere termijn kan bepalen voor het bewaren van de DNA-profielen en van de desbetreffende gegevens in de gegevensbank "Veroordeelden".

Artikel 16(ontworpen artikel 5^{quater} van dezelfde wet)

1. Paragraaf 2 bepaalt dat de DNA-profielen overgezonden overeenkomstig de artikelen 44^{quinquies}, § 7, en 90^{undecies}, § 6, van het Wetboek van Strafvordering "éénmalig" worden vergeleken met de DNA-profielen opgeslagen in de nationale DNA-gegevensbanken.

De bestaansredenen van deze bepaling moeten nader worden uitgelegd in de memorie van toelichting.

Verdient het geen aanbeveling om te voorzien in een uitzondering ingeval het onderzoek in het kader van eenzelfde zaak uitloopt in de tijd en blijkt dat een nieuwe vergelijking noodzakelijk is ?

2. Paragraaf 4, eerste lid, bepaalt dat de beheerder van de nationale DNA-gegevensbanken of zijn gemachtigde aan de bevoegde magistraten, in voorkomend geval via de nationale cel, ambtshalve verslag uitbrengt over de uitslag van de vergelijking van de DNA-profielen.

Overeenkomstig het beginsel van de legaliteit van de strafrechtspleging moet in de wet worden gepreciseerd in welke gevallen de kennisgeving van de uitslag plaatsheeft via de nationale cel.

Artikel 18(ontworpen artikel 7 van dezelfde wet)

Zoals reeds is vermeld, moeten overeenkomstig het beginsel van de legaliteit van de strafrechtspleging de basisregels inzake de toekenning van de DNA-codenummers vastgelegd worden in het voorontwerp, en niet in het uitvoeringsbesluit.

Artikel 19(ontworpen artikel 8 van dezelfde wet)

1. De vertegenwoordigster van de minister heeft, toen haar een vraag is gesteld omtrent de wenselijkheid om de huidige overgangsregeling te schrappen, het volgende geantwoord :

"Il est vrai, bien que sans doute rarement, que des personnes pourraient encore tomber sous le régime de l'article 8 actuel de la loi du 22 mars 1999. Mais la nouvelle formulation de l'article 8 en projet vise précisément à élargir les dispositions transitoires, en incluant tous les cas antérieurement visés par l'actuel article 8 de la loi ADN. Les cas visés par les dispositions transitoires de la loi du 22 mars 1999 seraient donc toujours couverts par le nouveau texte en projet".

2. In het eerste lid moeten de woorden "voor het plegen of voor de poging tot het plegen van een van de misdrijven bedoeld in artikel 5, § 1, derde lid," vervangen worden door de woorden "wegens het plegen van een van de strafbare feiten bedoeld in artikel 5, § 1, derde en vierde lid".

3. Het zou wellicht duidelijker zijn om in het tweede lid te schrijven :

"In dat geval wordt gehandeld overeenkomstig de artikelen 5*bis* en 5*ter*. In voorkomend geval wordt van deze personen tijdens hun vrijheidsbeneming als gevolg van de veroordeling of de interneringsmaatregel een DNA profiel opgesteld".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heer	G. de LEVAL,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
de Dames	A. WEYEMBERGH,	
	B. VIGNERON,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

B.VIGNERON

Y. KREINS