

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 32.262/2

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 21 septembre 2001, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet d'arrêté royal "pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale", a donné le 14 novembre 2001 l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 32.262/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 21 september 2001 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "ter uitvoering van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken", heeft op 14 november 2001 het volgende advies gegeven :

Observation générale

Le pouvoir exécutif fédéral appartient au Roi (article 37 de la Constitution). Il découle notamment de ce principe que l'exécution de la loi appartient au Roi, Lequel ne peut charger un ministre que de l'adoption de mesures de détail en vue de l'exécution d'une réglementation dont Il a lui-même arrêté les dispositions essentielles ⁽¹⁾.

Certaines habilitations données au Ministre de la Justice par le projet d'arrêté sont excessives. Tel est le cas des articles 14 ⁽²⁾ et 15 ⁽³⁾.

Selon le représentant du ministre,

"... cette habilitation s'explique par le fait qu'il s'agit d'adopter des normes de nature technique, internationale et évolutive."

Eu égard à la nature des données, cette explication ne suffit pas à justifier l'habilitation prévue.

A fortiori, aucun pouvoir réglementaire ne peut être délégué à un fonctionnaire ou à une commission d'évaluation.

⁽¹⁾ Voir notamment l'avis 29.316/3, donné le 29 juin 1999 sur un projet d'arrêté royal "portant fixation des normes d'agrément afférentes aux services de soins infirmiers à domicile" qui précise :

"Le paragraphe 3 habilite le ministre qui a la santé publique dans ses attributions à fixer les modalités d'enregistrement de données et d'évaluation des soins. Une délégation de compétence aussi étendue n'est pas compatible avec le principe selon lequel le pouvoir exécutif fédéral appartient au Roi (article 37 de la Constitution). Il découle notamment de ce principe que l'exécution de la loi appartient au Roi, lequel ne peut charger un ministre que de l'adoption de mesures de détail en vue de l'exécution d'une réglementation dont il a lui-même arrêté les dispositions essentielles."

⁽²⁾ Cet article charge le Ministre de la Justice de décrire les garanties en matière de sécurité et de confidentialité du traitement que doit offrir le fichier électronique dans lequel sont enregistrés les profils ADN.

⁽³⁾ Cet article dispose : "La gestion des banques de données répond aux exigences formulées par Notre Ministre de la Justice."

Ainsi, la "structure de l'information à transférer", visée à l'article 16, § 2, du projet, ne peut être déterminée par la commission d'évaluation et le gestionnaire des banques de données ADN.

De même, il n'est pas possible, comme le fait l'article 24, § 1^{er}, du projet, de confier à la commission d'évaluation le soin de déterminer, par voie de directives obligatoires, la méthode suivie et les techniques utilisées pour l'analyse ADN ainsi que pour l'établissement et la comparaison des profils ADN avant l'entrée en vigueur des articles 11 et 12.

Observations particulières

Examen du projet

Préambule

1. Seule la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale constitue le fondement légal du projet. De même, seul l'arrêté royal du 5 novembre 1971 portant création et érection en établissement scientifique de l'Etat de l'Institut national de criminalistique est implicitement modifié par l'arrêté en projet. En conséquence, les alinéas 1^{er}, 3, 5 et 6 doivent être omis.

Les articles 2 et 3 de la loi du 22 mars 1999, précitée, constituent des dispositions modificatives du Code d'instruction criminelle; elles ne doivent, dès lors, pas être visées comme telles au préambule. En revanche, doivent être visés les articles 44^{ter} et 90^{undecies} du Code d'instruction criminelle, modifiés par ces dispositions.

2. Le numéro de l'avis donné par la section de législation du Conseil d'Etat doit être précisé.

Dispositif

Article 2

1. Le paragraphe 1^{er} dispose que "la police judiciaire dresse un procès-verbal".

L'attention de l'auteur du projet est attirée sur le fait que, dans son sens organique, la police judiciaire n'existe plus.

2. Au paragraphe 3, il y a lieu d'écrire :

"La copie du procès-verbal de saisie est envoyée au laboratoire en même temps que la pièce à conviction."

Article 3

Il résulte du texte du projet d'arrêté et du rapport au Roi que le mode de prélèvement doit obéir à un ordre de priorité : d'abord le prélèvement d'une quantité de muqueuses de la joue ou de bulbes pileux, ensuite le prélèvement sanguin.

Or, l'article 44ter, § 3, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle dispose :

"Le procureur du Roi peut, dans l'intérêt de l'information, demander à une personne majeure l'autorisation de prélever chez elle une quantité de sang, de muqueuses de la joue ou de bulbes pileux selon son choix."

Dès lors, en prévoyant un ordre de priorité dans les modes de prélèvement, le projet d'arrêté est contraire à la loi.

Article 4

Cet article prévoit trois modalités de prélèvement : le prélèvement d'une quantité de muqueuses de la joue au moyen d'un coton-tige, le prélèvement de salive dans un récipient stérile, le prélèvement sanguin.

Or, la loi du 22 mars 1999, précitée, ne fait pas mention du prélèvement de salive.

L'article 4 doit, dès lors, être modifié afin de supprimer la référence à un prélèvement de salive ⁽⁴⁾.

En outre, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison pour laquelle il n'est pas fait mention du mode de prélèvement du bulbe pileux.

Articles 5 et 6

Ces articles utilisent l'expression "échantillon de référence", qui ne semble pas appropriée.

Il y a lieu, comme dans la loi du 22 mars 1999, précitée ⁽⁵⁾, et dans l'exposé des motifs ⁽⁶⁾, d'utiliser l'expression "échantillon de comparaison". Quant à l'échantillon trouvé sur les lieux de l'infraction, l'exposé des motifs le qualifie d'"échantillon de dépistage".

⁽⁴⁾ Il se pourrait que la deuxième phrase de l'article 4 vise, en réalité, la manière de conserver les cotons-tiges et non un mode de prélèvement supplémentaire. Si tel est le cas, il convient de l'écrire clairement.

⁽⁵⁾ Voir, par exemple, l'article 44 ter, § 3, alinéa 10, du Code d'instruction criminelle qui mentionne "l'ADN de comparaison".

⁽⁶⁾ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, 1047/1, p. 2.

Article 5

L'obligation énoncée à la première phrase de l'article 5 du projet résulte déjà de l'article 44ter, § 3, alinéa 8, du Code d'instruction criminelle. Cette phrase doit donc être omise. En conséquence, l'article 5 du projet doit commencer par les mots "Le procès-verbal de prélèvement ...".

Article 6

La phrase "Un sceau correspondant est apposé sur le procès-verbal du prélèvement ainsi que sur la copie du procès-verbal qui sera envoyée au laboratoire agréé" n'est pas claire et doit être réécrite afin de décrire de manière concrète et précise le mécanisme que l'auteur du projet a voulu établir.

Article 9

Paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}

1. Mieux vaut écrire, dans la première phrase, "des cellules prélevées avec les cellules découvertes" ou utiliser les expressions mentionnées dans l'observation formulée sous les articles 5 et 6.

2. Il y a lieu d'écrire "au procureur du Roi ou au juge d'instruction qui a ordonné le prélèvement".

3. Il y a lieu de préciser ce que l'auteur du projet entend par "les données administratives citées plus haut".

Paragraphe 1^{er}, alinéa 2

Cet alinéa dispose :

"Parallèlement à l'envoi de ce rapport au procureur du Roi ou au juge d'instruction, l'expert communique à l'expert désigné à l'Institut national de criminalistique et de criminologie pour gérer les banques de données le profil ADN obtenu, ce en vue de l'enregistrement dudit profil."

Or, il résulte de l'article 4 de la loi du 22 mars 1999, précitée, et de son commentaire dans les travaux préparatoires ⁽⁷⁾, que tous les profils ADN ne doivent pas être enregistrés dans les banques de données de l'Institut national de criminalistique et de criminologie.

Dès lors, il y a lieu d'écrire "ce en vue de l'enregistrement dudit profil dans les cas prévus par la loi".

Paragraphe 2

En vertu du paragraphe 2, le recours à des laboratoires étrangers ne peut se faire qu'en cas d'avis favorable de la commission d'évaluation.

Compte tenu de la séparation des pouvoirs, il ne peut être admis que la Commission d'évaluation prenne des décisions ou même rende obligatoirement des avis qui concernent le déroulement d'une procédure pénale dont seuls les magistrats sont responsables. L'avis de la commission d'évaluation doit être limité aux cas où un magistrat le lui demande.

⁽⁷⁾ Amendement n° 1 du Gouvernement, Doc. parl., Ch. Repr., sess. ord. 1996-1997, 1047/2, pp. 16, 24 et 25.

Article 12

1. Au 2°, les mots "présente les garanties souhaitées en matière de compétence et d'expérience, c'est-à-dire qui" sont inutiles et doivent être omis.

2. Il convient de prévoir dans le projet d'arrêté la procédure d'octroi, de retrait et de suspension de l'agrément. Cette procédure doit prévoir, à tout le moins, en cas de retrait ou de suspension de l'agrément, l'audition d'un représentant du laboratoire. Il convient également de préciser si l'agrément est donné pour une durée indéterminée ou pour une durée à préciser dans le projet d'arrêté.

3. En vertu du 3°, un service doit être organisé sur une base permanente dans le laboratoire pour recevoir les traces de cellules.

Selon le représentant du ministre, les mots "base permanente" visent un service qui fonctionne 24 heures sur 24. Si telle est bien l'intention de l'auteur du projet, il convient de le préciser expressément.

Article 14

1. Dès lors que la loi elle-même détermine en diverses dispositions le contenu des banques de données ADN "Criminalistique" et "Condamnés", il n'appartient pas au Roi d'ajouter d'autres données à celles déjà énumérées par la loi.

2. L'article 14 vise un fichier électronique "qui offre les plus grandes garanties en matière de sécurité et de confidentialité du traitement envisagé". Il précise que "Ces garanties seront décrites par Notre Ministre de la Justice".

Comme indiqué dans l'observation générale, c'est au Roi et non au Ministre de la Justice qu'il appartient de déterminer les garanties particulières en matière de sécurité et de confidentialité qui ne sont pas déjà prévues par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et ses arrêtés d'exécution.

Article 15

Il est renvoyé à l'observation générale en ce qui concerne les délégations excessives accordées au Ministre de la Justice.

Article 16

1. Au paragraphe 1^{er}, mieux vaut écrire "sont soumis au secret professionnel".

2. Pour le paragraphe 2, il est renvoyé à l'observation générale en ce qui concerne la délégation de pouvoir réglementaire octroyée à la commission et à un fonctionnaire.

3. Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, il convient de préciser ce que l'auteur entend par "structure de l'information à transférer". De quelle information s'agit-il exactement ? D'où doit-elle être transférée ? Où doit-elle être transférée ?

4. Dès lors que le paragraphe 2, alinéa 2, fait mention des banques de données "Criminalistique" et "Condamnés", il convient de viser non seulement l'article 4, § 4, de la loi du 22 mars 1999, précitée, mais également l'article 5, § 5, de la même loi.

5. Au même paragraphe 2, alinéa 2, il convient d'écrire "conformément" et non "conforme".

6. Le paragraphe 3 prévoit que les copies électroniques des données sont conservées pendant un an en lieu sûr afin de pouvoir recharger les données en cas de perte accidentelle. Le Conseil d'Etat se demande, cependant, pourquoi conserver ces copies pendant un an seulement. Qu'advient-il si un accident se produit après ce délai d'un an ? Il semble que les copies doivent être conservées aussi longtemps que l'original.

Article 17

1. La première phrase du paragraphe 2 est inutile puisqu'elle renvoie aux articles 4, § 2, et 5, § 3, de la loi du 22 mars 1999, précitée. La seule précision réside dans le fait que le projet d'arrêté vise la consultation et la communication des données alors que la loi mentionne de manière plus générale leur utilisation.

2. La seconde phrase du paragraphe 2 dispose :

"Toute communication sera effectuée exclusivement sur requête écrite du ministère public et du juge d'instruction."

Il ne semble pas que le magistrat puisse demander la communication des données à un expert privé. En effet, les articles 4, § 3, et 5, § 4, de la loi du 22 mars 1999, précitée, disposent :

"Le ministère public ou le juge d'instruction, selon le cas, peuvent, par décision motivée, ordonner à un expert attaché à l'Institut national de Criminalistique et de Criminologie de comparer le profil ADN des traces de cellules découvertes ou le profil ADN de l'échantillon de cellules humaines prélevé avec les données contenues dans la banque de données.

Le cas échéant, seul le ministère public ou le juge d'instruction peuvent prendre connaissance de l'identité de la personne à laquelle se rapportent les profils ADN pertinents de la banque de données."

.../...

L'examen du paragraphe 2 en projet conduit à se demander si la loi du 22 mars 1999, précitée, ne doit pas être complétée afin de permettre la communication des données de l'Institut à l'expert attaché à un laboratoire agréé par le Roi.

Article 18

1. Le paragraphe 1^{er} concerne le statut de la personne chargée de la protection des données.

Il aurait donc dû être soumis à la négociation syndicale. En outre, en vertu de l'article 5, alinéa 3, de l'arrêté royal du 20 avril 1965 "relatif au statut organique des établissements scientifiques de l'Etat", le statut du personnel est fixé par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sur proposition du Ministre qui a la fonction publique dans ses attributions et après avis motivé de la Commission interministérielle de la Politique scientifique fédérale.

Il en résulte qu'à défaut d'accomplissement de ces formalités préalables, l'article 18, § 1^{er}, n'est pas en état d'être examiné par la section de législation du Conseil d'Etat.

2. Le paragraphe 2 fait référence aux "règles concernant la protection physique, logistique et juridique définies aux articles 28 et 29 du présent arrêté". Or, le projet d'arrêté ne compte que 25 articles .

3. Au paragraphe 2, le 3° n'est pas compréhensible.

Article 20

1. Le projet reste en défaut de prévoir :

- 1° le nombre de membres de la commission d'évaluation;
- 2° qui nomme les membres de la commission d'évaluation;
- 3° s'il existe des incompatibilités;
- 4° s'il existe une possibilité de suspension ou de révocation des membres de la commission;
- 5° si le mandat est ou non renouvelable.

2. Les mots "du personnel scientifique qui a la direction du département et de la division qui gère l'analyse ADN" manquent de précision. En outre, il convient que ces personnes soient membres de la commission d'évaluation aussi longtemps que dure leur fonction de direction et non pour une durée de quatre ans.

Article 24

1. Au paragraphe 1^{er}, les mots "jusqu'au jour fixé dans le présent arrêté par notre Ministre de la Justice" sont incompréhensibles et semblent de toute façon inutiles.

Il suffit d'écrire : "... jusqu'à l'entrée en vigueur des articles 11 et 12, les laboratoires chargés de l'analyse ADN ainsi que de l'établissement et de la comparaison des profils ADN sont considérés comme agréés à cette fin."

2. La seconde phrase du paragraphe 1^{er} dispose : "jusqu'au même jour" les laboratoires peuvent effectuer leur travail, conformément à la méthode suivie et à l'aide des techniques utilisées "jusqu'à ce moment", sous réserve des directives émanant de la commission d'évaluation.

a) Le Conseil d'Etat suppose, tout d'abord, que les mots "même jour" et "ce moment" visent le jour de l'entrée en vigueur des articles 11 et 12. Il convient de le préciser expressément.

b) Par ailleurs, la possibilité donnée aux laboratoires d'effectuer l'analyse ADN ainsi que l'établissement et la comparaison des profils ADN selon la méthode suivie et à l'aide des techniques utilisées à ce moment est contraire à l'article 8 du projet, qui entre en vigueur dès la publication de celui-ci au Moniteur belge et qui dispose :

"L'analyse ADN est effectuée et le profil ADN est établi conformément à la méthode décrite dans l'annexe I au présent arrêté et à l'aide des techniques qui y sont décrites."

Il y a, dès lors, lieu de préciser au début de la deuxième phrase du paragraphe 1^{er} que c'est par dérogation à l'article 8 du projet que les laboratoires peuvent continuer à effectuer le travail comme par le passé.

c) Enfin, comme indiqué dans l'observation générale, il n'est pas possible de donner un pouvoir réglementaire à la commission d'évaluation pour déterminer la méthode et les techniques utilisées par les laboratoires.

3. Il résulte du paragraphe 2 qu'après l'entrée en vigueur des articles 10 et 11, les laboratoires agréés ne pourront plus conserver électroniquement une copie des profils ADN obtenus.

Cependant, cette interdiction ne résulte pas de la loi du 22 mars 1999, précitée, et la Cour de cassation a estimé que :

"La loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel n'interdit pas la conservation par un expert judiciaire de données relatives à des profils génétiques qu'il a été chargé d'analyser ." ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾.

Le Conseil d'Etat voit mal comment l'expert pourrait procéder à la comparaison du profil ADN d'un échantillon prélevé sur une personne avec l'échantillon de dépistage, s'il n'a pas conservé une copie de ce profil.

Annexe

1. L'intitulé de l'annexe doit viser le projet d'arrêté et non la loi du 22 mars 1999, précitée.

2. En vertu de l'article 8 du projet d'arrêté, l'annexe décrit la méthode selon laquelle l'analyse ADN est effectuée et le profil ADN établi ainsi que les techniques utilisées.

L'alinéa 1^{er} de l'annexe doit être modifié en vue de supprimer toute référence aux conditions d'accréditation Beltest et d'agrément.

En effet, ces conditions sont déjà prévues à l'article 12 du présent projet.

⁽⁸⁾ Cass., 31 janvier 2001, J.T., 2001, p. 402

⁽⁹⁾ Si tel n'était pas le cas, le projet d'arrêté ne pourrait évidemment autoriser, même à titre temporaire, la conservation électronique des profils génétiques par les laboratoires.

Observation concernant le texte néerlandais du projet

Le texte néerlandais du projet est susceptible d'amélioration. Il doit, dès lors, être revu fondamentalement.

Algemene opmerking

De federale uitvoerende macht berust bij de Koning (artikel 37 van de Grondwet). Uit dat beginsel vloeit inzonderheid voort dat de uitvoering van de wet zaak is van de Koning, en dat deze een minister enkel kan belasten met het nemen van detailmaatregelen ter uitvoering van een regeling waarvan hij zelf de essentiële bepalingen heeft vastgesteld ⁽¹⁾.

Bepaalde machtigingen die door het ontwerpbesluit verleend worden aan de Minister van Justitie gaan te ver. Dit is het geval met de artikelen 14 ⁽²⁾ en 15 ⁽³⁾.

In verband daarmee heeft de gemachtigde van de minister het volgende gesteld :

"... cette habilitation s'explique par le fait qu'il s'agit d'adopter des normes de nature technique, internationale et évolutive."

Gelet op de aard van de gegevens, volstaat deze uitleg niet om de machtiging waarin voorzien wordt te rechtvaardigen.

⁽¹⁾ Zie inzonderheid advies 29.316/3, gegeven op 29 juni 1999 over een ontwerp van koninklijk besluit "tot bepaling van de erkenningsnormen ten aanzien van de diensten thuisverpleging" waarin wordt gesteld :

"In paragraaf 3 wordt machtiging verleend aan de minister die de volksgezondheid in zijn bevoegdheid heeft om de modaliteiten voor de registratie van gegevens en voor de evaluatie van de verzorging vast te stellen. Een zo ruime delegatie van bevoegdheid is niet verenigbaar met het beginsel dat de federale uitvoerende macht bij de Koning berust (artikel 37 van de Grondwet). Uit dat beginsel vloeit o.m. voort dat de uitvoering van de wet zaak is van de Koning, en dat deze een minister enkel kan belasten met het nemen van detailmaatregelen ter uitvoering van een regeling waarvan hij zelf de essentiële bepalingen heeft vastgesteld."

⁽²⁾ Dit artikel belast de Minister van Justitie met de nadere omschrijving van de waarborgen inzake de veiligheid en confidentialiteit van de verwerking die geboden moet worden door het elektronisch bestand waarin de DNA-profielen zijn opgeslagen.

⁽³⁾ Dit artikel luidt als volgt : "Het beheer van de gegevensbanken beantwoordt aan de eisen vooropgesteld door Onze Minister van Justitie."

A fortiori kan geen enkele verordeningsbevoegdheid worden overgedragen aan een ambtenaar of aan een evaluatiecommissie.

Aldus kan de "structuur van de informatie die dient overgebracht te worden", waarvan sprake is in artikel 16, § 2, van het ontwerp, niet vastgesteld worden door de evaluatiecommissie en de beheerder van de DNA-gegevensbanken.

Zo ook kan de evaluatiecommissie, zoals gesteld wordt in artikel 24, § 1, van het ontwerp, niet vóór de inwerkingtreding van de artikelen 11 en 12 belast worden met de vaststelling, door middel van bindende richtlijnen, van de gevolgde methode en de gebruikte technieken voor de DNA-analyse en voor het opstellen en vergelijken van de DNA-profielen.

Bijzondere opmerkingen

Onderzoek van het ontwerp

Aanhef

1. Alleen de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-analyse in strafzaken maakt de rechtsgrond uit van het ontwerp. Zo ook wordt alleen het koninklijk besluit van 5 november 1971 tot instelling van een Nationaal Instituut voor criminalistiek, met het statuut van wetenschappelijke inrichting van de Staat, impliciet gewijzigd door het ontworpen besluit. Bijgevolg dienen het eerste, derde, vijfde en zesde lid te vervallen.

De artikelen 2 en 3 van de voornoemde wet van 22 maart 1999 zijn bepalingen tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ; er behoort derhalve niet als zodanig naar te worden verwezen in de aanhef. De artikelen 44ter en 90undecies van het Wetboek van Strafvordering die gewijzigd zijn door die bepalingen, moeten daarentegen wel worden vermeld.

2. Het nummer van het advies dat gegeven is door de afdeling wetgeving van de Raad van State moet worden gepreciseerd.

Dispositief

Artikel 2

1. In paragraaf 1 wordt gesteld dat "de gerechtelijke politie een proces-verbaal op(maakt)".

De aandacht van de steller van het ontwerp wordt erop gevestigd dat de gerechtelijke politie als zodanig niet meer bestaat.

2. In paragraaf 3 behoort te worden geschreven :

"De kopie van het proces-verbaal van inbeslagname wordt samen met het overtuigingsstuk aan het laboratorium overgezonden."

Artikel 3

Uit de tekst van het ontwerpbesluit en uit het verslag aan de Koning blijkt dat de wijze van afname moet geschieden volgens een orde van voorrang : eerst de afname van een hoeveelheid wangslijmvlies of haarwortel, vervolgens de bloedafname.

Artikel 44ter, § 3, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering luidt echter als volgt :

"De procureur des Konings kan in het belang van het opsporingsonderzoek aan een meerderjarige de toestemming vragen om van hem een hoeveelheid bloed, wangslijmvlies of haarwortels af te nemen, zoals die persoon verkiest."

Door in een voorrangsregel te voorzien wat betreft de wijze van afname, is het wetsontwerp derhalve strijdig met de wet.

Artikel 4

Dit artikel voorziet in drie wijzen van afname : de afname van een hoeveelheid wangslimvlies door middel van een wattenstaafje, de afname van speeksel in een steriel recipiënt, de bloedafname.

In de voornoemde wet van 22 maart 1999 wordt echter geen melding gemaakt van speekselafname.

Artikel 4 moet derhalve gewijzigd worden teneinde de verwijzing naar speekselafname te schrappen ⁽⁴⁾.

Het is de Raad van State voorts niet duidelijk waarom er geen melding wordt gemaakt van de wijze waarop haarwortel wordt afgenomen.

Artikelen 5 en 6

In deze artikelen wordt de uitdrukking "referentiestaal" gebruikt, die niet geschikt lijkt.

Zoals in de voornoemde ⁽⁵⁾ wet van 22 maart 1999 en in de memorie van toelichting ⁽⁶⁾, behoort de uitdrukking "vergelijkend celmateriaal " te worden gebruikt.

⁽⁴⁾ Het kan zijn dat met de tweede zin van artikel 4 in feite verwezen wordt naar de wijze waarop wattenstaafjes worden bewaard en niet naar een aanvullende wijze van afname. Als dat het geval is, behoort dit duidelijk te worden geschreven.

⁽⁵⁾ Zie bijvoorbeeld artikel 44ter, § 3, tiende lid, van het Wetboek van Strafvordering waarin melding wordt gemaakt van "vergelijkende DNA".

⁽⁶⁾ Gedr. St., Kamer, 1996-1997, 1047/1, blz. 2.

Wat betreft het celmateriaal dat aangetroffen wordt op de plaats van de misdaad, wordt in de memorie van toelichting over "opgespoord celmateriaal" gesproken.

Artikel 5

De verplichting die vermeld wordt in de eerste zin van artikel 5 van het ontwerp blijkt reeds uit artikel 44ter, § 3, achtste lid, van het Wetboek van Strafvordering. Deze zin dient dus te vervallen. Artikel 5 van het ontwerp moet bijgevolg beginnen met de woorden "Het proces-verbaal van de afname ...".

Artikel 6

De zin "Een corresponderend zegel wordt aangebracht op het proces-verbaal van de afname, en op het afschrift van het proces-verbaal dat naar het erkend laboratorium zal worden gezonden" is niet duidelijk en moet worden herschreven teneinde het mechanisme dat de steller van het ontwerp heeft willen opzetten op concrete en precieze wijze te beschrijven.

Artikel 9

Paragraaf 1, eerste lid

1. Het zou beter zijn in de eerste zin te schrijven "van het afgenomen celmateriaal met het aangetroffen celmateriaal" of te werken met de uitdrukkingen die vermeld worden in de opmerking die geformuleerd is onder de artikelen 5 en 6.

2. Er behoort te worden geschreven "bij de procureur des Konings of de onderzoeksrechter die de afname heeft bevolen".

3. Er behoort te worden verduidelijkt wat de steller van het ontwerp bedoelt met "de administratieve gegevens reeds eerder opgesomd".

Paragraaf 1, tweede lid

Dit lid luidt als volgt :

"Gelijktijdig met de verzending van dit verslag aan de procureur des Konings of de onderzoeksrechter, maakt de deskundige het bekomen DNA-profiel over aan de deskundige bij het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie, aangesteld voor het beheer van de gegevensbanken, met het oog op de opname van dat profiel in deze gegevensbanken."

Welnu, uit artikel 4 van de voornoemde wet van 22 maart 1999 en uit de bespreking in de parlementaire voorbereiding⁽⁷⁾, blijkt dat niet alle DNA-profielen moeten ingeschreven worden in de gegevensbanken van het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie.

Er behoort derhalve te worden geschreven "zendt de deskundige ...", met het oog op de opname van dat profiel in die gegevensbanken, in de bij de wet bepaalde gevallen".

Paragraaf 2

Overeenkomstig paragraaf 2 is een beroep op buitenlandse laboratoria alleen mogelijk na een gunstig advies van de evaluatiecommissie.

Gelet op de scheiding der machten kan niet worden aanvaard dat de evaluatiecommissie beslissingen neemt of zelfs verplicht adviezen verleent die betrekking hebben op het verloop van een strafrechtelijke procedure waarvoor alleen magistraten verantwoordelijk zijn. Het advies van de evaluatiecommissie behoort beperkt te blijven tot de gevallen waarbij een magistraat haar erom vraagt.

⁽⁷⁾ Amendement nr. 1 van de Regering, Gedr. St., Kamer, 1996-1997, 1047/2, blz. 16, 24 en 25.

Artikel 12

1. Onderdeel 2° dient als volgt te worden geredigeerd : "2° dat het laboratorium minstens één deskundige tewerkstelt die enerzijds in het bezit is van een diploma van ... bio-ingenieurwetenschappen, en anderzijds minstens drie jaar de praktijk van forensische DNA-analyse en het opstellen en vergelijken van DNA-profielen heeft uitgeoefend;" .

2. Het ontwerp van besluit moet voorzien in de procedure tot toekenning, intrekking en schorsing van de erkenning. Bij deze procedure moet, op zijn minst, worden bepaald dat, in geval van intrekking of schorsing van de erkenning, een vertegenwoordiger van het laboratorium gehoord wordt. Er dient eveneens te worden gepreciseerd of de erkenning wordt verleend voor onbepaalde tijd dan wel voor een duur die in het ontwerp van besluit nader moet worden vermeld.

3. Luidens onderdeel 3° moet in het laboratorium permanent een dienst klaarstaan om de sporen van celmateriaal in ontvangst te nemen.

Volgens de gemachtigde van de Minister betekent het woord "permanent" een dienst die 24 uur op 24 werkt. Indien dit de bedoeling van de steller van het ontwerp is, moet dit uitdrukkelijk worden aangegeven.

Artikel 14

1. Doordat in verschillende bepalingen van de wet zelf bepaald wordt welke gegevens de DNA-gegevensbanken "Veroordeelden" en "Criminalistiek" bevatten, mag de Koning geen gegevens toevoegen aan die welke reeds in de wet opgesomd zijn.

2. In artikel 14 is sprake van een elektronisch bestand "dat de hoogste waarborgen biedt inzake de veiligheid en de confidentialiteit van de voorgenomen verwerking.". Er wordt voorts in gepreciseerd dat "deze waarborgen ... nader worden omschreven door Onze Minister van Justitie".

Zoals in de algemene opmerking wordt aangegeven, staat het aan de Koning en niet aan de Minister van Justitie om de bijzondere waarborgen inzake veiligheid en vertrouwelijkheid te bepalen, die niet reeds vastgesteld zijn bij de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levensfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en bij de uitvoeringsbesluiten ervan.

Artikel 15

Er wordt verwezen naar de algemene opmerking wat betreft de te verregaande machtigingen die aan de Minister van Justitie verleend worden.

Artikel 16

1. In paragraaf 1 is het beter te schrijven : "moeten het beroepsgeheim bewaren".

2. Voor paragraaf 2 wordt verwezen naar de algemene opmerking wat betreft de opdracht van verordenende bevoegdheid die aan de commissie en aan een ambtenaar toegekend wordt.

3. In paragraaf 2, eerste lid, moet worden gepreciseerd wat de steller bedoelt met "structuur van de informatie die dient overgebracht te worden". Om welke informatie gaat het precies? Vanwaar dient ze te worden overgebracht ? Waarheen dient ze te worden overgebracht ?

4. Doordat in paragraaf 2, tweede lid, sprake is van de gegevensbanken "Criminalistiek" en "Veroordeelden", moet niet alleen worden verwezen naar artikel 4, § 4, van de voormelde wet van 22 maart 1999, maar ook naar artikel 5, § 5, van dezelfde wet.

5. In diezelfde paragraaf 2, tweede lid, dient in de Franse tekst "conformément" en niet "conforme" te worden geschreven.

6. Paragraaf 3 bepaalt dat de elektronische kopieën van de DNA-gegevens gedurende één jaar op een beveiligde plaats bewaard worden om ze opnieuw te kunnen inladen als ze accidenteel verloren gaan. De Raad van State vraagt zich echter af waarom deze kopieën slechts gedurende één jaar bewaard worden. Wat zal er gebeuren als er na deze termijn van één jaar een ongeval gebeurt ? Het laat zich aanzien dat de kopieën even lang als het origineel moeten worden bewaard.

Artikel 17

1. De eerste zin van paragraaf 2 is overbodig, aangezien erin verwezen wordt naar de artikelen 4, § 2, en 5, § 3, van de voornoemde wet van 22 maart 1999. Er wordt alleen in gepreciseerd dat het ontwerp van besluit de raadpleging en mededeling van de gegevens regelt, terwijl in de wet meer in het algemeen sprake is van het gebruik ervan.

2. De tweede zin van paragraaf 2 bepaalt :

"Elke mededeling zal slechts uitgevoerd worden op schriftelijke aanvraag van het openbaar ministerie of van de onderzoeksrechter."

Het kan niet de bedoeling zijn dat een magistraat aan een privé-expert gegevens vraagt. De artikelen 4, § 3, en 5, § 4, van de voormelde wet van 22 maart 1999 bepalen immers :

.../...

"Het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter, naargelang van het geval, kunnen, bij gemotiveerde beslissing, een deskundige verbonden aan het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie opdracht geven het DNA-profiel van aangetroffen sporen van menselijk celmateriaal of het DNA-profiel van in dat kader afgenomen menselijk celmateriaal, te vergelijken met de gegevens opgenomen in de gegevensbank.

In voorkomend geval kunnen enkel het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter kennisnemen van de identiteit van de persoon op wie de relevante DNA-profielen uit de gegevensbank betrekking hebben."

Bij het onderzoek van het ontworpen paragraaf 2 rijst de vraag of de voormelde wet van 22 maart 1999 niet moet worden aangevuld om het mogelijk te maken gegevens van het Instituut mee te delen aan de deskundige die aan een door de Koning erkend laboratorium verbonden is.

Artikel 18

1. Paragraaf 1 betreft de rechtspositie van de persoon die belast is met de bescherming van de gegevens.

Over die bepaling hadden dan ook onderhandelingen met de vakbonden moeten worden gevoerd. Krachtens artikel 5, derde lid, van het koninklijk besluit van 20 april 1965 betreffende het statuut der wetenschappelijke inrichtingen van de Staat wordt de rechtspositie van het personeel bepaald bij koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voorstel van de Minister onder wie de ambtenarenzaken ressorteren, nadat de federale interministeriële Commissie voor wetenschapsbeleid daarover een gemotiveerd advies heeft uitgebracht.

Hieruit volgt dat, aangezien deze voorafgaande vormvereisten niet vervuld zijn, artikel 18, § 1, niet in zoverre gereed is dat het door de afdeling wetgeving van de Raad van State kan worden onderzocht.

2. In paragraaf 2 wordt verwezen naar de "regels in verband met de fysische, logistieke en juridische veiligheid" die, volgens de Franse versie, bepaald zijn in de artikelen 28 en 29 van dit besluit. Het ontwerp van besluit bevat evenwel slechts 25 artikelen.

.../...

3. Onderdeel 3° van paragraaf 2 is onbegrijpelijk.

Artikel 20

1. In het ontwerp wordt niet bepaald :

- 1° hoeveel leden de evaluatiecommissie telt;
- 2° wie de leden van de evaluatiecommissie benoemt;
- 3° of er onverenigbaarheden bestaan;
- 4° of de leden van de commissie kunnen worden geschorst of afgezet;
- 5° of het mandaat al dan niet kan worden hernieuwd.

2. De woorden "wetenschappelijk personeel dat de leiding heeft over de hoofdafdeling en over de afdeling waaronder het DNA-onderzoek (ressorteert)" zijn niet precies genoeg. Bovendien moeten deze personen zolang hun leidinggevende functie duurt en niet voor een termijn van vier jaar lid zijn van de evaluatiecommissie.

Artikel 24

1. De woorden "Tot de dag bepaald door Onze Minister van Justitie in dit besluit" in paragraaf 1 zijn onbegrijpelijk en lijken in ieder geval overbodig.

Het volstaat te schrijven : "Tot de inwerkingtreding van de artikelen 11 en 12, worden de laboratoria belast met de DNA-analyse en het opstellen en vergelijken van DNA-profielen geacht daartoe erkend te zijn."

2. De tweede zin van paragraaf 1 bepaalt dat de laboratoria dat werk "tot dezelfde dag" mogen verrichten overeenkomstig de gevolgde methode en met behulp van de "tot op dat ogenblik" gebruikte technieken, onder voorbehoud van de richtlijnen uitgevaardigd door de evaluatiecommissie.

.../...

a) De Raad van State gaat er in de eerste plaats van uit dat de woorden "dezelfde dag" en "dat ogenblik" betrekking hebben op de inwerkingtreding van de artikelen 11 en 12. Dit moet uitdrukkelijk worden gepreciseerd.

b) Bovendien is de mogelijkheid die aan laboratoria geboden wordt om DNA-analyses te doen en DNA-profielen op te stellen en te vergelijken overeenkomstig de gevolgde methode en met behulp van de technieken die tot op dat ogenblik gebruikt worden, strijdig met artikel 8 van het ontwerp, dat in werking treedt zodra het in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt is en als volgt luidt :

"Het DNA-onderzoek wordt uitgevoerd en het DNA-profiel wordt opgesteld volgens de in bijlage I bij dit besluit beschreven methode en met behulp van de technieken, beschreven in die bijlage."

Aan het begin van de tweede zin van paragraaf 1 moet derhalve worden aangegeven dat, in afwijking van artikel 8 van het ontwerp, de laboratoria het werk zoals in het verleden mogen blijven verrichten.

c) Ten slotte kan, zoals aangegeven wordt in de algemene opmerking, aan de evaluatiecommissie geen verordeningsbevoegdheid worden verleend om te bepalen welke methode en technieken de laboratoria moeten gebruiken.

3. Uit paragraaf 2 volgt dat de erkende laboratoria na de inwerkingtreding van de artikelen 10 en 11 geen elektronische kopie van de verkregen DNA-profielen meer zullen mogen bewaren.

Dat verbod is echter niet het gevolg van de voormelde wet van 22 maart 1999, en het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat :

"(de) wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens ... de gerechtsdeskundige niet (verbiedt) de genetische profielen die hij gelast werd te analyseren, te bewaren." ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾ .

⁽⁸⁾ Cass., Arrest nr. RC 011V2 van 31 januari 2001.

⁽⁹⁾ Als zulks niet het geval zou zijn, zou in het ontwerp van besluit uiteraard niet mogen worden bepaald dat de laboratoria, zelfs tijdelijk, genetische profielen elektronisch mogen bewaren.

Het is de Raad van State niet duidelijk hoe de deskundige het DNA-profiel van een bij een persoon afgenomen staal kan vergelijken met het opsporingsstaal, als hij geen kopie van dat profiel bewaard heeft.

Bijlage

1. In het opschrift van de bijlage moet verwezen worden naar het ontwerp van besluit en niet naar de voormelde wet van 22 maart 1999.

2. De bijlage bevat krachtens artikel 8 van het ontwerp van besluit een beschrijving van de methode volgens welke het DNA-onderzoek uitgevoerd wordt en het DNA-profiel opgesteld wordt, alsmede van de gebruikte technieken.

In het eerste lid van de bijlage moet elke verwijzing naar de voorwaarden voor de Beltest-accreditatie en de erkenningsvoorwaarden worden geschrapt.

Deze voorwaarden zijn immers reeds bepaald in artikel 12 van het ontwerp.

Opmerking over de Nederlandse tekst van het ontwerp

De Nederlandse tekst van het ontwerp is voor verbetering vatbaar. Hij dient dan ook grondig te worden herzien.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

président de chambre,
kamervoorzitter,

P. QUERTAINMONT,
J. JAUMOTTE,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

F. DELPÉRÉE,
J. KIRKPATRICK,

assesseurs de la section de législation,
assessoren van de afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme A.-F. BOLLY, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. A.-F. BOLLY, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J. JAUMOTTE.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS