



HAL
open science

L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires

Bruno Py

► **To cite this version:**

Bruno Py. L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires. [Rapport de recherche] Mission de Recherche Droit et Justice. 2017. ⟨halshs-01592777⟩

HAL Id: halshs-01592777

<https://shs.hal.science/halshs-01592777v1>

Submitted on 25 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization



MISSION DE RECHERCHE **Droit & Justice**



**UNIVERSITÉ
DE LORRAINE** | INSTITUT
FRANÇOIS GÉNY



FACULTÉ DE
DROIT
SCIENCES
ÉCONOMIQUES
& GESTION
DE NANCY



Institut
de Sciences Criminelles
et de Droit Médical

L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires

Etude de dix années de pratiques en Meurthe-et-Moselle (2003-2013)

-

Mars 2017

-

Réalisée avec le soutien de la

Mission de recherche Droit et Justice

BRUNO PY

Pr. Droit privé et Sciences criminelles, IFG-ISCRIMED (EA7301), Université Lorraine

L'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires

Etude de dix années de pratiques en Meurthe-et-Moselle (2003-2013)

Recherche menée par :

Bruno PY, Pr. Droit privé et Sciences criminelles, IFG-ISCRIMED (EA7301), Université de Lorraine

Réalisée avec le concours de :

Julie LEONHARD, MCF Droit privé et Sciences criminelles, IFG-ISCRIMED (EA7301), Université de Lorraine

Mathieu MARTINELLE, Doctorant Droit privé et Sciences criminelles, IFG-ISCRIMED (EA7301), Université de Lorraine

Catherine MENABE, MCF Droit privé et Sciences criminelles, IFG-ISCRIMED (EA7301), Université de Lorraine

Valérie OLECH, Doctorant Droit privé et Sciences criminelles, IFG-ISCRIMED (EA7301), Université de Lorraine

Aurélien RUBIO, Ingénieur de recherches de la recherche, IFG-ISCRIMED (EA7301), Université de Lorraine

Geoffrey VIBRAC, Doctorant Droit privé et Sciences criminelles, IFG-ISCRIMED (EA7301), Université de Lorraine

Avec la collaboration de :

Eric CORDEROT, Commissaire divisionnaire, Directeur du service régional de police judiciaire de Nancy

Rémy HIENNE, Dr. en biologie cellulaire, biologie structurale et microbiologie, laboratoire ANALYSIS (Epinal), Expert près la cour d'appel de Nancy

Laurent MARTRILLE, MCF Médecine légale, Université de Lorraine ; directeur du service de médecine légale du CHU de Nancy

Christophe PETIT, Directeur, Responsable qualité, laboratoire ANALYSIS (Epinal), Expert près de la cour d'appel

Thomas PISON, Procureur de la République, TGI Nancy

Jean-Paul TISSIER, Lieutenant-colonel du groupement de la gendarmerie (54)

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice. Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

SOMMAIRE

SOMMAIRE.....	6
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	8
INTRODUCTION	10
A. Une enquête de terrain	12
B. Une analyse juridique	15
I. La procédure de recueil et d'exploitation de l'ADN	16
A. La procédure de recueil de l'ADN.....	16
B. La procédure d'exploitation de l'ADN.....	31
C. Le coût du recueil et de l'exploitation	36
II. La place de la preuve ADN dans les procédures pénales	39
A. La place de l'ADN dans la phase d'investigation.....	41
B. La place de l'ADN dans la phase de jugement.....	55
III. Le fichage de l'empreinte génétique.....	64
A. L'alimentation réelle du FNAEG	67
B. La consultation réelle du FNAEG	78
IV. L'ADN n'est pas la reine des preuves !	87
A. La perception idéalisée de la preuve ADN	88
B. L'utilité relative de la preuve ADN	98
C. L'intérêt controversé du développement de la preuve ADN	100
CONCLUSION	108
ANNEXE.....	110
BIBLIOGRAPHIE.....	112
TABLE DES MATIERES.....	120

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ADN	Acide désoxyribonucléique
AJ pén.	Actualité juridique Pénal
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull.	Bulletin
Bull. crim.	Bulletin criminel
c.	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
C. pén.	Code pénal
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	<i>confer</i>
Chr.	chronique
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Sous la direction de
Dr. pén.	Droit pénal
Éd.	Édition
s.	suivant
ex.	exemple
FAED	Fichier automatisé des empreintes digitales

FNAEG	Fichier national automatisé des empreintes génétiques
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
in	dans
INPS	Institut national de police scientifique
<i>Infra</i>	ci-dessous
IRCGN	Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale
JCP	La Semaine juridique, Édition générale
JCP A	La Semaine juridique, Édition administration et collectivités territoriales
JORF	Journal officiel de la République française
n°	numéro
not.	Notamment
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , cité précédemment
OPJ	Officier(s) de police judiciaire
Ord.	Ordonnance
p.	page
Rép. pén.	Encyclopédie Dalloz de droit pénal
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RSC	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
SCPPB	Service central de préservation des prélèvements biologiques
Somm.	Sommaire
<i>Supra</i>	ci-dessus
TGI	Tribunal de Grande Instance
UGICV	Unité de Gendarmerie d'identification des victimes de catastrophe
V.	Voir
Vol.	Volume

INTRODUCTION

Parfois présentée comme la nouvelle « *probatio probatissima* » (la reine des preuves), l'exploitation de l'acide désoxyribonucléique (ADN) apparaît comme l'un des outils les plus fiables en matière d'identification. Toutefois, l'analyse génétique reste une technique dont les modalités juridiques et techniques d'usage et de recueil s'avèrent trop peu évaluées. Il en est de même pour l'appréciation de sa force probante et la mesure de son efficacité dans les procédures pénales.

L'expertise génétique est issue d'un principe dégagé par M. Edmond Locard, professeur de médecine légale du XX^{ème} siècle, en 1910¹ : « *tout individu, à l'occasion de ses actions criminelles en un lieu donné, dépose et emporte à son insu des traces et des indices : sueurs, sang, poussière (...). Une fois passés au crible d'examens de plus en plus sophistiqués, ces indices parlent et livrent le récit du crime avant de permettre au lecteur-enquêteur de déchiffrer la signature de l'auteur-coupable* »². Quelques années seulement après la découverte des empreintes digitales et leur utilisation en matière pénale³, l'empreinte génétique voit le jour. « Faire parler » l'ADN présente un avantage considérable par rapport à l'aveu (la preuve privilégiée jusqu'alors) : la preuve matérielle est nécessairement objective et ne peut pas être extorquée. Un être humain peut oublier, se tromper ou mentir ; l'indice matériel ne ment pas. L'erreur judiciaire hante l'histoire du régime de la preuve en matière pénale et la Science et l'ADN tentent d'y remédier.

Les méthodes d'analyse et d'identification par empreintes génétiques ont d'abord été principalement utilisées pour identifier des victimes de catastrophes de grande envergure. C'est ainsi qu'après l'accident d'avion du Mont Saint-Odile en 1992, a été créée l'Unité de Gendarmerie d'Identification des Victimes de Catastrophes (UGIVC). Elle est une unité de circonstance, mise sur pied par l'Institut de Recherche Criminelle de la Gendarmerie Nationale (IRCGN), qui est en mesure d'envoyer rapidement sur une zone précise un détachement pour participer aux opérations d'identification des victimes⁴. A l'occasion des

¹ E. LOCARD a fondé la même année (1910) le premier laboratoire de police scientifique au monde.

² B. DURUPT, *La police judiciaire - La scène de crime*, Gallimard, 2000, p. 23.

³ Découvertes en 1887 par A. BERTHILLON, les empreintes digitales ont permis d'identifier pour la première fois l'auteur d'un crime (un assassinat) en 1902.

⁴ L'UGIVC est, depuis sa création, intervenue à plus de 80 reprises en France, outre-mer ou à l'étranger : <http://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr>

lois dites de bioéthique de 1994⁵, le droit français a introduit en procédure pénale les méthodes d'analyse et d'identification par empreintes génétiques. Le succès de ces méthodes dans les pays anglo-saxons⁶ conduit à la fin des années 1990 le droit français, par la loi du 17 juin 1998, à imposer le recueil d'échantillons biologiques aux fins de constitution d'un fichier national automatisé des empreintes génétiques⁷.

Répondant à l'appel à projet issu de la programmation scientifique 2014 de la Mission de recherche Droit et Justice, libellée « l'utilisation des caractéristiques génétiques dans les procédures judiciaires », l'étude, dont ce rapport se propose de présenter les résultats, est un travail de recherches théoriques et de terrain sur le recours au recueil et à l'exploitation de l'ADN humain à tous les stades de la procédure pénale sur le territoire meurthe-et-mosellan de 2003 à 2013. Ce travail de recherche repose sur une équipe pluridisciplinaire composée à la fois de juristes (enseignants-chercheurs, docteurs et doctorants) et de professionnels, acteurs de la procédure pénale, de Meurthe-et-Moselle confrontés dans leurs pratiques au recueil ou à l'exploitation de l'empreinte génétique (Officiers de police judiciaire, Police nationale, Gendarmerie, Procureur de la République, Procureur général, Juges d'instruction, Juges du siège, Avocats, Médecins légistes, Biologistes et Toxicologues).

Dans un contexte sociétal où la preuve scientifique est encensée, il semble impératif d'évaluer l'intérêt effectif du recours à l'exploitation de l'ADN afin de déterminer ses perspectives d'évolution, voire d'expansion. Il s'agit non seulement de mesurer les occurrences de recours aux analyses génétiques et de préciser les modalités formelles de recueil et de traitement, mais aussi de mettre en exergue les difficultés matérielles rencontrées à tous les stades de la procédure et les potentiels « oublis législatifs » en la matière. L'enquête dite « de terrain » nous a paru être l'outil approprié pour atteindre ces objectifs et a conduit l'équipe à recueillir et à analyser des données factuelles précises sur l'utilisation de la caractéristique génétique dans les phases d'enquête, d'instruction et de jugement (A). Les décisions de Justice ainsi obtenues des juridictions meurthe-et-mosellanes sur la période 2003-2013, additionnées aux entretiens des acteurs de la procédure pénale, permettent de formuler des réflexions juridiques modernes et innovantes (B).

⁵ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF 30 juillet 1994, p. 11056, et Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF 30 juillet 1994, p. 11060.

⁶ L'ADN est utilisé pour la première fois en 1986 dans une affaire américaine : V° : M. C. CABAL (député), *Rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire*, 7 juin 2001, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques.

⁷ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JORF 8 juin 1998, n° 139, p. 9255.

A. Une enquête de terrain

Sans prétendre à l'exhaustivité, ce rapport s'est appuyé sur 2439 décisions de Justice émanant des juridictions meurthe-et-mosellanes sélectionnées sur la période 2003-2013 (1) et sur près de 20 entretiens conduits auprès d'acteurs différents de la procédure pénale, collaborateurs ou non de l'étude (Police, Gendarmerie, Justice, Médecins légistes, Laborantins, Avocats) (2). Un colloque intermédiaire, organisé à mi-parcours de la recherche a permis d'ouvrir la réflexion avec d'autres universitaires, scientifiques et professionnels travaillant sur l'empreinte ADN (3).

1. La collecte des décisions de Justice

La recherche reposant sur une étude empirique et analytique, le choix a été initialement fait d'étudier les décisions de Justice sur un territoire et un laps de temps déterminés : les juridictions meurthe-et-mosellanes (TGI de Briey, TGI de Nancy et Cour d'appel de Nancy) sur la période 2003-2013⁸.

Le nombre très conséquent de décisions sur la durée nous a conduit à nous limiter à quelques séquences de temps. Une sélection de cinq années a été opérée. Le choix de deux mois identiques par année a été effectué. Notre collecte porte sur les années 2003, 2006, 2008, 2011 et 2013. Pour chacune de ces années, ce sont les mois de mai et/ou juin qui ont été retenus. Ce choix repose sur la stabilité de l'activité à cette période de l'année, les perturbations au sein des ressources humaines (comme ce peut être le cas courant septembre-octobre lors des prises de postes suivant les diverses nominations au sein de la magistrature, ou lors des périodes de vacances) pouvant apporter un biais quant à la comparaison des données entre chaque année.

Certaines décisions ont été exclues, soit dès le début, soit en cours de sélection. L'exclusion *ab initio* concerne l'ensemble des dossiers sans lien direct ou indirect avec l'ADN (intérêts civils, confusions de peine, demande d'effacement d'inscription d'infraction au bulletin n°2 du casier judiciaire, oppositions, etc.). L'exclusion *a posteriori* porte sur les affaires pour lesquelles l'infraction sort manifestement de notre champ de réflexion parce que l'élément

⁸ Le point de départ temporel de la recherche correspond, à l'entrée en vigueur de la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JORF 19 mars 2003 p. 4761) qui a modifié le Code de procédure pénale pour préciser dans quelles conditions les prélèvements nécessaires à la détermination des empreintes génétiques peuvent être effectués afin de faciliter l'identification des auteurs de certaines infractions.

matériel de l'infraction n'appelle pas de problème d'identification du suspect ni spécialement de recueil d'ADN autre qu'aux seules fins d'alimentation du FNAEG (abandon de famille, exécution d'un travail dissimulé, inexécution d'un travail d'intérêt général, infractions routières, etc.). L'ensemble des décisions retenues l'a été au vu des informations identifiées grâce à l'élaboration d'une grille de sélection, créée à cet effet et reposant sur des critères objectifs :

- La nature des infractions concernées et le contexte de leur commission ;
- La juridiction compétente, la procédure et la décision ;
- L'identification d'un suspect ou non ;
- La réalisation d'un prélèvement ADN, et/ou de son exploitation, et /ou de son enregistrement au FNAEG ;
- L'existence éventuelle d'autres actes techniques (analyse sanguine, expertise balistique, expertise psychologique, etc.).

Parmi les 2439 décisions de Justice ainsi obtenues, nous avons décidé de porter une attention particulière sur les affaires dans lesquelles l'auteur potentiel de l'infraction n'a pas été identifié au début de l'enquête. Cette notion de « début d'enquête » s'apprécie selon de multiples critères, dont les principaux sont le temps écoulé entre la découverte de l'infraction et l'identification du mis en cause et les actes d'enquête effectués entre cette découverte et l'origine de l'identification du mis en cause. Une base de données a été ainsi construite pour ces affaires spécifiques. Bien que les analyses juridiques reposent sur la totalité des 2439 décisions de Justice, la base de données permet des apports réflexifs supplémentaires et précieux.

Si l'étude du contentieux correctionnel apparaît indispensable au traitement quantitatif de la pratique quotidienne, l'analyse des affaires criminelles nous semble essentielle pour approfondir certaines interrogations, comme la question de l'impact de l'ADN sur l'action et/ou sur l'inaction de l'ensemble des acteurs de la procédure pénale ou de la valeur probante de l'ADN. Il s'agit également de pouvoir mesurer les écarts susceptibles d'exister entre le contentieux correctionnel (le « quotidien ») et contentieux criminel (le « sensationnel »). Aussi, le corpus des 2439 décisions de Justice contient des affaires correctionnelles et des affaires criminelles, de première, comme de seconde instance. En sus, nous faisons le choix d'y ajouter toutes les décisions de la Cour de cassation susceptibles d'être pertinentes⁹.

⁹ Y compris pour des faits commis en dehors de la compétence territoriale des juridictions de Meurthe-et-Moselle et pour une période différente de celle de l'étude.

2. La conduite des entretiens des acteurs de la procédure pénale

Si les données issues des rapports d'enquêtes et des pièces de procédures présentes au sein des dossiers sélectionnées nous permettent de recueillir d'importantes informations, celles-ci, apparaissent insuffisantes pour traduire l'ensemble de la pratique des acteurs judiciaires. Aussi, en parallèle de la collecte des décisions de Justice, divers entretiens avec des acteurs de la procédure pénale ont été conduits, visant à établir la réalité des modalités de recueil et d'utilisation de la trace ADN et les pratiques de terrain de ces services. L'ensemble des canevas d'entretien a été construit en lien direct avec nos différents objectifs et en tenant compte de la fonction des différents acteurs du procès pénal entretenus. Nous avons pu ainsi interroger chacun de nos collaborateurs, mais aussi d'autres professionnels susceptibles de fournir des informations complémentaires¹⁰.

3. Un colloque intermédiaire

Le choix a été fait d'organiser à mi-parcours de la recherche un colloque intermédiaire qui s'est déroulé le 23 mars 2016 à la Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion de Nancy (Université de Lorraine). Cette journée a été à la fois l'occasion de dresser un premier état des lieux des diverses problématiques concernant l'utilisation judiciaire de l'ADN, de rencontrer des professionnels et chercheurs de disciplines différentes et de présenter les premiers résultats de notre recherche.

Ce colloque s'est divisé en trois parties¹¹ :

- Une première partie sur le recueil et le traitement de la preuve génétique qui a permis d'aborder les hypothèses légales du recueil et du traitement, les méthodes pratiques du recueil et du traitement, ainsi que le coût de l'analyse génétique et ses modalités de traitement.
- Une deuxième partie sur l'utilisation de la preuve génétique, au cours de laquelle ont été successivement traitées la question des fichiers en droit pénal, puis celle de l'ADN en tant que facteur d'identification direct et indirect.
- Une troisième partie sous forme de table ronde portant sur « la preuve génétique vue par les magistrats ». Cette table ronde était composée de représentants divers de la magistrature.

¹⁰ Cf. *supra*.

¹¹ Cf. annexe, p. 112.

Les échanges ont substantiellement alimenté la réflexion et nourri en conséquence les analyses de ce rapport. Aussi, la recherche se conclura, en sus de ce rapport, par un colloque final destiné à valoriser les résultats scientifiques et juridiques obtenus et à poursuivre encore la discussion aux thématiques voisines¹².

B. Une analyse juridique

La réflexion juridique se concentre sur les décisions de Justice collectées et sur les entretiens menés. Notre ambition scientifique vise à positionner avec le plus d'exactitude possible la place de l'empreinte génétique dans les procédures judiciaires meurthe-et-mosellanes de ces dix années. Les membres de l'équipe de recherche, qui recense nombres de professionnels distincts, ont opté pour une analyse pragmatique de l'utilisation des caractéristiques génétiques, qui s'est fondée sur l'expérience et l'observation des pratiques concrètes de la preuve génétique. Seule cette étude des procédés de terrain peut permettre de délimiter les contours réels de ce mode de preuve, de mesurer son impact concret et de mettre en lumière les éventuelles insuffisances des normes actuelles.

Aux côtés de ces premières problématiques, l'analyse juridique s'est également intéressée à deux autres questionnements. Il s'agit, d'une part, de la question de l'exploitation « des fichiers ADN », afin de quantifier leurs utilisations et de déterminer, par delà la question des modalités de conservation des scellés et des fichiers, les procédures d'alimentation et de consultation. L'intérêt d'une telle recherche réside, outre dans l'obtention de résultats chiffrés reflétant la réalité du terrain, dans la détermination de l'utilité réelle des fichiers de caractéristiques génétiques. D'autre part, le présent rapport tente de positionner la preuve ADN en France, à travers l'étude de grandes affaires emblématiques et de leurs perceptions par les acteurs de la procédure pénale, par les médias et par la société en général.

Afin de présenter au mieux les réflexions juridiques produites, le rapport se propose de diviser ses résultats en plusieurs parties. Sont présentées successivement la procédure de recueil et d'exploitation (I), la place de la preuve ADN dans les procédures pénales (II), le fichage de l'empreinte génétique (III) et la perception de la preuve ADN dans la société (IV).

¹² Cette manifestation se déroulera les 8 et 9 juin 2017 à la Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion de Nancy (Université de Lorraine). Le programme est en cours d'élaboration et ne permet donc pas la communication immédiate.

I. La procédure de recueil et d'exploitation de l'ADN

Les progrès de la science, et spécialement de l'analyse génétique, tendent à obtenir des certitudes là où il n'était possible jusqu'alors de raisonner que par présomptions ou suppositions. Mais le recours à la preuve ADN doit être strictement encadré, non seulement pour éviter toute réification des personnes, mais aussi pour ne pas permettre, au nom de n'importe quelle cause judiciaire, de faire subir aux individus des atteintes à leurs corps (prise de sang, relevé d'empreintes digitales, relevé d'empreinte génétique, etc.). A titre d'exemple, l'expertise biologique occupe dorénavant une place particulière pour l'établissement ou la contestation de la filiation paternelle¹³, y compris *post mortem*¹⁴.

Les principes de respect de l'intimité de la vie privée et de l'inviolabilité du corps humain peuvent parfois céder devant le droit à la preuve, mais ni sans limite, ni sans contrôle¹⁵. Parallèlement à son emploi en matière civile, l'utilisation médico-légale de l'ADN¹⁶, qui a été au cœur de grandes affaires judiciaires pénales¹⁷, est strictement encadrée et contrôlée. L'article 16-11 du Code civil s'applique en effet tant en matière civile qu'en matière pénale et prévoit que l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques peut être recherchée notamment « *dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire* » et « *aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées* ».

Le présent rapport se propose de porter son attention sur la procédure de recueil (A) et d'exploitation (B) de la preuve génétique d'un point de vue théorique par le rappel du cadre juridique entourant ces deux étapes et d'un point de vue pratique par l'exposé de nos résultats de recherche. Une troisième partie s'intéresse aux liens entre recueil, exploitation et coût (C).

A. La procédure de recueil de l'ADN

La procédure de recueil et d'exploitation est juridiquement définie par les textes issus du Code de procédure pénale. Toutefois, sa dimension pratique est principalement encadrée par

¹³ A. PASCAL et M. TRAPERO, « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, p. 101.

¹⁴ S'agissant des expertises *post mortem*, l'article 16-11 du Code civil dispose : « *Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* ». Cf. Cons. const., 30 sept. 2011, décision n° 2011-173 QPC.

¹⁵ Cf. 1^{ère} Civ., 29 févr. 2012, pourvoi n° 11-12.460.

¹⁶ C. BYK, « Tests génétiques et preuve pénale », *RIDC* 1998, n°2 p. 683 et s. : « *A défaut de pouvoir déduire la dangerosité d'une personne de sa morphologie ou de son hérédité, la génétique moderne offre la possibilité de lire la culpabilité d'un individu à partir de ses empreintes génétiques révélées par des indices biologiques* ».

¹⁷ Telles que l'affaire Caroline Dickinson (1996) ou l'affaire Guy Georges (1997).

une circulaire de 2001 traitant de la mise en place du Fichier national automatisé des empreintes génétiques et du Service central de préservation des prélèvements biologiques¹⁸. Cette circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces poursuit deux objectifs :

- rendre « *le système fiable, notamment en limitant les risques de perte des scellés entre les greffes des juridictions, les laboratoires et les autorités en charge de leur conservation* » ;
- et « *assurer une plus grande fluidité dans la gestion des procédures, en simplifiant et en unifiant les circuits de transmission des informations et des scellés* ».

Elle se divise en quatre thèmes. Une première partie sur le recueil de matériel biologique reprend le cadre juridique du prélèvement ainsi que les modalités pratiques de celui-ci. Cette question est l'objet de la première partie du rapport. Le deuxième thème concerne l'analyse génétique elle-même (analyse des traces et analyses des prélèvements effectués sur les personnes). Le troisième thème fournit des informations concernant l'enregistrement et les rapprochements de données. Enfin, un dernier thème est consacré à la gestion des scellés¹⁹.

Concernant plus précisément la procédure de recueil, elle peut se subdiviser en trois parties. Nous nous proposons d'étudier d'abord le principe du recueil des traces (1), puis les modalités de prélèvement (2) et enfin les finalités des prélèvements (3).

1. Le principe du recueil des traces sur la scène d'infraction

Les modalités de prélèvement étant multiples, il est nécessaire de présenter au préalable la diversité des traces (a) et les lieux de prélèvement par un personnel spécialisé (b) avant de s'attacher plus spécialement à la question de la temporalité (c).

a. La diversité des traces

Nous avons déjà évoqué « le principe de l'échange » d'Edmond Locard²⁰ qui repose sur l'idée que toute personne laisse des « marques multiples » lors de son passage sur les lieux d'une infraction. Ce sont ces traces que doivent retrouver en priorité les techniciens de scènes de crime. Pour cela, ils doivent analyser les lieux et choisir les éléments qui leur paraissent intéressants pour permettre la résolution de l'affaire. À ce moment précis, ils sont susceptibles de commettre une erreur et de manquer des éléments importants, définitivement perdus.

¹⁸ Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces, « Mise en place du Fichier national automatisé des empreintes génétiques et du Service central de préservation des prélèvements biologiques », CRIM 2001-15 E6/20-07-2001.

¹⁹ Dépassant le strict champ de notre étude, la conservation des scellés n'est pas traitée dans ce rapport.

²⁰ Cf. p. 11.

L'attention à apporter à cette scène est donc primordiale, particulièrement quant aux motifs retenus pour privilégier un élément plutôt qu'un autre. Dans ce domaine, techniciens comme enquêteurs ne trouvent que ce qu'ils cherchent. Il est donc nécessaire qu'ils soient régulièrement formés aux nouvelles techniques d'investigations criminelles et aux différentes traces ADN exploitables.

Techniciens et enquêteurs doivent également posséder des connaissances suffisantes sur la dégradation des éléments de preuve. Sur ce point, contrairement à d'autres types de preuve, l'ADN s'altère peu par l'écoulement du temps : il est résistant. Aussi, il est possible de trouver une empreinte génétique dans de vieux ossements qui seraient retrouvés des années après la mort de la personne (l'ADN résiste à la putréfaction cadavérique et au temps) ou bien encore sur un corps carbonisé (l'ADN subsiste même en situation hostile). Néanmoins si l'ADN est résistant, il n'est pas sans failles. Trois facteurs principaux peuvent précipiter sa détérioration : l'humidité, la chaleur et la lumière. Ainsi un échantillon conservé dans des conditions optimales peut avoir une durée de vie de plusieurs dizaines voire de centaines d'années, mais à l'extérieur, les conditions climatiques, soleil et pluie notamment, l'altèrent considérablement.

Une dernière réflexion doit être apportée sur les différents types de traces ADN susceptibles d'être collectées sur les lieux de la commission d'une infraction : qu'est-il possible de trouver ? Il existe une grande variété de traces ADN qui contiennent plus ou moins de matériel biologique. Nous n'exposons ici que les plus fréquemment rencontrés : de multiples éléments issus du corps humain (urine, ongles, poils, cheveux, etc.) n'appellent pas de développements juridiques ou techniques spécifiques et ne sont, en conséquence, pas étudiés dans ce rapport²¹.

Il est tout d'abord possible de trouver de la salive. C'est le cas sur des mégots de cigarette, des goulots de bouteille, etc. Notre corpus de décisions contient un important nombre de dossiers dans lesquels un prélèvement de salive a été effectué et utilisé. Tel est le cas dans une affaire de Meurthe-et-moselle où un individu de nationalité roumaine, détenu à Metz, a été condamné à six mois d'emprisonnement ferme pour vol. En l'espèce, des prélèvements ADN ont été effectués sur des goulots de bouteilles vides retrouvées sur les lieux de l'infraction. Les prélèvements ont été exploités et comparés avec le FNAEG, ce qui a permis d'impliquer

²¹ Pour un approfondissement sur la question, cf. F-B. HUYGHE, *ADN et enquêtes criminelles*, PUF, collection « Que sais-je ? », 2008.

l'individu. L'ADN obtenu par la salive peut donc servir d'indice à charge et permettre l'identification d'un suspect.

Du sperme peut parfois être retrouvé²². Cette trace est très riche en ADN. Des questionnements peuvent parfois exister à propos des mélanges entre l'ADN du suspect et celui de la victime. Cependant ce genre de situation se résout assez facilement, puisque les experts biologistes disposent de l'ADN de la victime et il leur est possible de le séparer du second profil génétique²³. La recherche de sperme dans le corps de la victime doit par ailleurs se faire rapidement. En effet, la survie intra-vaginale, intra-anales, ou intra-buccale de celui-ci est courte²⁴.

Le sang²⁵ constitue également une source d'ADN particulièrement utile pour les enquêteurs. Chacun pense d'emblée aux analyses des profils génétiques établis à partir de taches de sang retrouvées sur les lieux d'infractions violentes portant atteinte à l'intégrité corporelle. Toutefois, il ne faut pas exclure d'autres formes de délinquance. A titre d'exemple, l'auteur d'un vol pourrait casser une fenêtre pour entrer dans un domicile et se blesser (et donc laisser des traces de sang exploitables).

Enfin, il reste à évoquer un type de traces important : les traces de contact. Souvent oubliées, les cellules cutanées apparaissent pourtant utiles pour démontrer la présence d'une personne sur les lieux de la commission d'une infraction (sans toutefois pouvoir préciser le moment où ont été déposées ces traces). Tout objet touché par l'auteur (chaise, porte, vitre, téléphone, clavier d'ordinateur, etc.) peut contenir des traces ADN qui, après analyses, peuvent permettre d'établir un profil génétique. Concrètement, chaque trace qui est recueillie fait l'objet d'une mise sous scellé, ou bien, si un prélèvement est possible, est prélevée par écouvillon. Le tout est ensuite envoyé à un laboratoire pour exploitation. Dès lors que des traces peuvent être recueillies sur les lieux de l'infraction, elles sont prélevées quasiment systématiquement. Une fois prélevés et mis sous scellés, les éléments sont protégés. Ultérieurement seulement se pose la question de l'exploitation ou non des éléments²⁶. Il faut donc insister sur la distinction entre le recueil et l'exploitation. Nos entretiens avec les acteurs de terrain le démontrent : le recueil

²² Il peut être retrouvé sur les lieux de l'infraction et sur ou dans le corps de la victime.

²³ Cf. R. COQUOZ, J. COMTE, D. HALL et al., *Preuve par l'ADN, la génétique au service de la justice*, Presses polytechniques et universitaires romandes, collection « Sciences forensiques », 3^{ème} éd., 2013.

²⁴ Survie estimée en général à 24h : R. COQUOZ, J. COMTE, D. HALL et al., *ibid.*

²⁵ Dans la trace, l'ADN se retrouve quasi exclusivement dans les globules blancs. Concernant l'absence d'ADN dans les globules rouges, cf. H. De VALICOURT De SERANVILLERS, *La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire*, L'Harmattan, collection « Questions contemporaines », 2009.

²⁶ Cf. les variabilités d'exploitation, p. 26.

est quasi-systématique alors que l'exploitation est subordonnée à un intérêt stratégique procédural.

Si nous avons vu ainsi qu'il existe de multiples traces du passage d'une personne sur les lieux de l'infraction, ces traces auront plus ou moins d'impact dans une procédure pénale selon la date des recueils.

b. Le lieu et le personnel

Le recueil d'indices et de traces est effectué, la plupart du temps, sur les lieux de commission de l'infraction. Ce recueil est fait par les services de police judiciaire, sous le contrôle du procureur de la République²⁷. En pratique, le recueil des indices et traces est effectué par les techniciens de scènes de crime²⁸ de la police scientifique et technique²⁹, qui travaillent en étroite collaboration avec les enquêteurs. Ces derniers communiquent aux techniciens leurs besoins sur l'enquête en cours afin d'orienter leur travail. Les entretiens réalisés auprès des magistrats du parquet mettent en évidence le fait que, généralement, tous les éléments sont recueillis par les techniciens de scènes de crime dans un premier temps, puis gérés par les enquêteurs dans un second temps. Le parquet, par la grande autonomie qu'il semble ainsi laisser aux services d'enquêtes, n'exerce alors qu'un simple contrôle *a minima* : il se limite à un rôle de superviseur.

Les techniciens n'ont que très peu de temps pour sécuriser les lieux de l'infraction et tenter d'éviter d'éventuelles modifications, détériorations ou contaminations des objets et traces. En effet, une scène de crime peut rapidement être dégradée, il est donc important d'agir au plus vite³⁰. De ce fait, immédiatement après l'arrivée des enquêteurs, la scène doit être protégée³¹. Ne doivent pouvoir y pénétrer que les personnes autorisées. Qui plus est, les techniciens doivent être vêtus d'une combinaison spécialisée (masques et gants notamment)³² afin d'éviter de contaminer eux-mêmes les lieux. L'objectif consiste à empêcher toute pollution d'un endroit, déjà parfois sujet à des modifications par la force des choses³³. Il est à noter que

²⁷ Art. 12, C. proc. pén. : « *La police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre* ».

²⁸ Aussi appelés « gestionnaires de scène d'infraction ».

²⁹ C'est notamment la police technique qui a pour activité la réalisation des prélèvements ainsi que leurs conservations pour une exploitation future.

³⁰ B. DURUPT, *La police judiciaire. La scène de crime*, Gallimard, 2000.

³¹ Cf. H. ANCEL, « La preuve biologique », in *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, perspectives comparées*, G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), Société de législation comparée, 2006.

³² T. LEZEAU, « Les empreintes génétiques en pratique judiciaire », C. DOUTREMEPUICH (dir.), *La documentation française*, 1998.

³³ C'est le cas notamment des conditions climatiques ou encore l'hypothèse d'une falsification volontaire de la scène par une personne.

les conditions de transport, de stockage et de traitement s'avèrent tout aussi essentielles pour préserver les traces ADN et éviter tout risque de contamination.

Parmi les nouvelles techniques permettant l'exploitation de l'ADN, la méthode PCR (*Polymerase Chain Reaction*), présente un intérêt considérable puisqu'elle permet d'obtenir sur la base d'un échantillon qui ne contient que de très faibles quantités d'ADN, la multiplication de certains fragments définis de cet ADN. Par cette technique, un million de copies peuvent être produites en quelques heures seulement. Et ce nombre se révèle généralement suffisant à la réalisation d'une analyse immédiate ou ultérieure.

Cependant, l'efficacité des techniques d'analyses, y compris la méthode PCR, ne peut pas pallier la qualité minimum attendue et espérée des prélèvements lors du recueil puis du transport. En l'absence de précautions suffisantes, les techniques d'analyses ne permettent pas d'identifier les contaminations et les résultats seront faussés sans qu'il ne soit possible de s'en rendre compte, les conséquences pouvant dès lors être dramatiques. La célèbre affaire dite du « Fantôme de Heilbronn » en constitue un parfait manifeste. Il s'agit d'une série de crimes et délits perpétrés entre 1993 et 2008 et liés entre eux par des analyses ADN suggérant à chaque fois l'implication d'une même femme. Au total, cette mystérieuse femme, surnommée par les médias « *la tueuse en série fantôme* »³⁴, était recherchée pour la commission de trente-deux crimes et délits en Europe en seize ans. L'existence de cette femme, suggérée par les rapports d'analyses ADN, a conduit les services de police français, allemands et autrichiens à investir d'importantes sommes pour la retrouver³⁵. En réalité, il a été identifié et prouvé que l'ADN litigieux provenait de la contamination du matériel de prélèvement au cours de leur fabrication par une employée. Avec cette affaire, un regard critique a été porté pour la première fois sur les méthodes de fabrication des kits de recueil. Mais elle interroge surtout sur l'influence parfois potentiellement néfaste de la preuve ADN sur l'orientation de l'enquête³⁶ : sans ces analyses, la police aurait-elle seulement recherché un auteur d'infraction en série ? Et *in fine*, les auteurs des infractions, pour lesquelles les kits avaient été contaminés, ont-ils été identifiés, poursuivis et jugés ? Aujourd'hui, afin d'éviter qu'une telle contamination ne se reproduise, les profils ADN des techniciens sont systématiquement fichés au sein du FNAEG et les erreurs sont décelées rapidement.

³⁴ V° « Qui est la tueuse fantôme », L'Express, 7 mai 2008 ; « L'ADN, trompeur de la tueuse mystérieuse allemande », Le Monde, 26 mars 2009.

³⁵ http://www.iso.org/iso/fr/home/news_index/news_archive/news.htm?Refid=Ref2094

³⁶ Cf. les difficultés juridiques, p. 86.

Par ailleurs, il ressort des entretiens réalisés que la quantité de recueils des traces et indices est limitée. Un officier de gendarmerie interrogé nous a expliqué que les gendarmes se limitent généralement à l'utilisation de trois kits de recueil de preuve par infraction, tout conservant une certaine marge en fonction de la gravité de l'infraction ou de l'exploitation probable ou non de l'élément recueilli ou prélevé. Des entretiens réalisés auprès des agents de la police nationale, il ressort que si pour la délinquance de masse les recueils et prélèvements sont effectués de manière aléatoire en fonction de l'affaire, pour les infractions les plus graves la procédure de recueil est bien plus orientée et est coordonnée par le service régionale d'identité judiciaire (SRIJ). Le choix de la quantité de prélèvements réalisés serait donc un choix d'opportunité.

En dehors du recueil de traces par les techniciens sur les lieux de l'infraction, il faut aussi mettre en évidence l'éventualité d'un prélèvement corporel sur une victime. Un prélèvement peut en effet être effectué dans le but d'obtenir une trace susceptible d'identifier un suspect. Pour un prélèvement corporel sur la victime, la finalité n'est pas d'impliquer celle-ci dans une affaire, ni même de la fichier, mais consiste bel et bien à permettre l'identification d'un suspect. Cette hypothèse se rencontre notamment lors de la commission d'infractions sexuelles, spécialement en cas de viol supposé ou dénoncé³⁷. Bien qu'éprouvante moralement, la recherche ADN sur le corps de la victime présente un intérêt évident et important, notamment lorsque l'auteur n'est pas clairement identifié dès le début de l'affaire. L'ADN mis à part, le personnel médical peut également mettre en avant des traces lésionnelles, à même, elles aussi, d'enrichir le faisceau d'indices. Aussi, l'analyse médicale doit être réalisée rapidement, pour ne pas perdre de potentiels indices et pour éviter un risque de contamination bactérienne du prélèvement³⁸.

Néanmoins, prélever des traces ADN sur le corps d'une victime n'a pas comme seule utilité de rechercher des traces de l'infraction. Parfois, la victime est prélevée aux fins d'identification. C'est par exemple le cas lors de la découverte d'un cadavre³⁹. L'ADN peut parfois constituer le seul outil permettant d'identifier la personne, notamment par une comparaison entre le profil qui est obtenu sur le corps et les profils des personnes disparues (obtenus par les officiers de police judiciaire grâce à des objets personnels). Le recoupement opéré n'apporte aucun indice quant au suspect, mais détermine avec très grandes certitudes

³⁷ Prévu à l'article 222-23 du Code pénal comme « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise, puni de quinze ans de réclusion criminelle* ».

³⁸ C'est notamment le cas de toutes infections sexuellement transmissibles.

³⁹ Cf. I, p. 18.

l'identité de la victime et aide éventuellement les enquêteurs à limiter les pistes d'investigation.

c. La temporalité des recueils de traces

Étant donnée la rapidité de destruction et de contamination de certains éléments de preuve sur une scène d'infraction, les techniciens doivent recueillir les traces le plus rapidement possible. Il faut alors envisager la question de la temporalité du recueil. La trace recueillie par les techniciens directement sur les lieux, dans un temps proche de la commission de l'infraction, peut revêtir une force probante importante. Elle peut aiguiller les enquêteurs. Néanmoins, il semble nécessaire de relativiser les résultats obtenus pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, aucune information n'est donnée sur la trace ADN qui est retrouvée sur les lieux concernant la date de dépôt. La résistance de l'ADN permet de découvrir des traces après des années. Ce n'est donc pas parce que les enquêteurs trouvent des éléments génétiques d'une personne sur les lieux d'une infraction, que cette personne est forcément l'auteur des faits infractionnels, ni même qu'elle est liée aux faits. Elle peut ainsi avoir été présente sur les lieux des années avant la commission de l'infraction. Imaginons qu'un viol soit commis dans le lit d'un tiers et que trois ADN soient recueillis (celui du suspect, celui de la victime, et celui du tiers) : comment interpréter les résultats ADN qui seraient obtenus ?⁴⁰. De plus, l'élément biologique qui peut être trouvé, peut avoir été placé délibérément par une personne sur les lieux. Il peut en effet s'agir d'une manipulation intentionnelle, d'une falsification de la scène de crime commise par l'auteur de l'infraction ou par un complice. En conséquence, même si les enquêteurs arrivent immédiatement sur les lieux après la commission de l'infraction, il semble souvent nécessaire de se poser cette question de la temporalité⁴¹.

Dans ce domaine, une autre interrogation existe : qu'en est-il du prélèvement qui est effectué longtemps après la commission de l'infraction (lorsque le passage des techniciens sur la scène de crime intervient des jours ou semaines après les faits) ? Dans notre exemple fictif, ce serait la venue du technicien de scènes de crime plusieurs jours après le viol, et qui trouverait dans le lit plusieurs ADN. Pour un enquêteur, comment être sûr que les ADN découverts ont tous

⁴⁰ La suite 2806 du Sofitel de New-York, au cœur de l'affaire DSK, a ainsi été qualifiée par certains de « réservoir ADN », compte tenu du nombre conséquent de traces distinctes trouvées sur place : <http://www.slate.fr/lien/38149/dsk-agression-sexuelle-chambre-hotel>.

⁴¹ Même s'il convient de dépasser la seule question de la temporalité. Dans l'hypothèse d'une personne prostituée violée, il sera possible de trouver plusieurs ADN sur les lieux de commission de l'infraction, déposés dans un laps de temps très court.

été laissés lors de la commission de l'infraction, et non avant ou après les faits ? Sont-ils tous liés à l'affaire ? Cette question renvoie à l'impact que peut avoir cette trace ADN sur les enquêteurs et les magistrats⁴² mais aussi dans l'opinion publique⁴³. Puisque la technique scientifique ne permet pas de dater une empreinte génétique, l'ADN qui est prélevé sur les lieux quelques temps après l'infraction ne peut pas avoir la même considération que celui qui est trouvé immédiatement après la commission de celle-ci. Entre-temps, de nombreuses personnes ont pu accéder à cette scène et laisser, de fait, des éléments biologiques sur place. Précisons que la problématique paraît différente s'agissant de scellés qui sont effectués dans un temps voisin de l'infraction et qui ne sont analysés que des années plus tard. Si les éléments biologiques ont été correctement conservés, et compte tenu de la bonne longévité de l'ADN, les analyses posent moins de difficultés. Toutefois, certaines problématiques délaissent et sont communes avec l'hypothèse précédente, puisque dans cette situation également, il est impossible de déterminer depuis combien de temps l'ADN recueilli était sur les lieux.

Les techniciens doivent donc toujours faire preuve de rigueur lors du recueil des différentes traces qu'ils peuvent découvrir sur les lieux. Il en est de même pour les prélèvements réalisés sur les personnes.

2. Les modalités de prélèvements sur les personnes

Les prélèvements sur les personnes se font par le recours à des modalités techniques particulières (a). Dans ce domaine, bien que notre étude constate que le refus de prélèvement demeure marginal (c), quelques variabilités de recueils peuvent être identifiées (b).

a. *Les modalités techniques des prélèvements*

Le prélèvement doit être externe. L'article 55-1 du Code de procédure pénale, limite en effet la possibilité pour le procureur de la République et l'OPJ de procéder à des prélèvements autres qu'externes. Pour le Conseil constitutionnel, il ne doit s'agir que d'« *un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés* »⁴⁴. Cette décision est reprise par la circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 juillet 2003, qui prévoit que le prélèvement ne peut donc être « *une prise de sang mais peut en*

⁴² Cf. II, p. 40 et s.

⁴³ Cf. IV, p. 89 et s.

⁴⁴ Cons. constit., 13 mars 2003, décision n° 2003-467 DC.

revanche consister en un prélèvement d'empreintes digitales, ou en un prélèvement de matériel biologique grâce à l'utilisation d'un écouvillon buccal, en vue d'effectuer une analyse d'empreinte génétique »⁴⁵.

Le mode opératoire utilisé consiste en un prélèvement buccal réalisé grâce à l'utilisation de kits FTA (*Fast Technology for Analysis*). Ce kit, utilisé par toutes les unités de Police et de Gendarmerie, contient dans une pochette stérile les différents éléments nécessaires au prélèvement : gants, masque, nappe en papier stérile, tiges cotonnées stériles, papier de cellulose sur lequel sont déposées les cellules des muqueuses internes des joues, sachets dessiccateurs et enveloppes de conditionnement. L'opération de prélèvement dure quelques minutes pendant lesquelles l'opérateur frotte la tige en coton sur les parois buccales du suspect permettant ainsi l'arrachage de plusieurs cellules de la muqueuse buccale. La tige en coton est apposée sur un papier spécial qui a la capacité de casser les cellules et de libérer l'ADN pour le fixer dans le papier tout en neutralisant les bactéries. Le papier FTA conditionné dans une enveloppe pourra ensuite être traité de manière automatisée dans un laboratoire en vue d'établir un profil génétique et de le transmettre pour comparaison et intégration au FNAEG⁴⁶. Dans cette situation, tout comme pour le recueil des traces, il est nécessaire de se prémunir contre toute contamination possible. Ainsi, les officiers qui procèdent au prélèvement doivent se munir d'éléments de protection et doivent veiller à la bonne fermeture des scellés.

b. Les variabilités de recueil

La question des potentielles différences entre les recueils renvoie aux notions de moyens et de coûts. En effet, les enquêteurs n'utilisent pas forcément les mêmes moyens d'investigations quand il s'agit d'un simple vol ou au contraire d'un assassinat accompagné d'actes de torture ou de barbarie : un crime génère davantage de moyens. La prise en compte du coût des enquêtes et des expertises, comme potentielle limite au recours à l'analyse génétique, semble plus importante lorsqu'il s'agit d'un délit. D'autant que les services sont désormais encouragés à toujours effectuer une balance avantages/coûts.

Dans nos divers entretiens, il a été mis en avant le fait que, concernant les affaires criminelles, les autorités de poursuites écartent de prime abord la dimension économique des investigations. Les enquêteurs recueillent et font systématiquement procéder aux analyses

⁴⁵ Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces du 31 juillet 2003, CRIM 2003-12 E8/31-07-2003

⁴⁶ Cf. III, p. 65 et s.

génétiques afin de trouver l'auteur ou les auteurs des infractions considérées comme les plus graves. C'est évidemment le cas notamment en matière de meurtre ou de viol. Tous les éléments apparaissent nécessaires et sont utilisés afin de pouvoir retrouver au plus vite des personnes potentiellement dangereuses. C'est pourquoi, en matière criminelle, les autorités de poursuite n'hésitent pas à faire prélever plusieurs dizaines, voire plusieurs centaines, d'individus dans le but de trouver un suspect. Ainsi, pour certaines affaires, des prélèvements de masses sont effectués, sans que la notion de coût ne soit même abordée⁴⁷.

L'analyse sera différente en matière délictuelle, même s'il existe aussi dans ce domaine une gradation en fonction de l'infraction. Les infractions délictuelles les plus graves conduisent davantage les OPJ ou les autorités de poursuites à engager des ressources financières, alors que pour certaines infractions plus « communes », les moyens mis en œuvre peuvent être réduits.

Concernant les prélèvements aux fins d'alimentation du FNAEG, il n'est pas possible de déterminer s'il existe une variabilité selon les services d'enquête, police ou gendarmerie⁴⁸. Ce qu'il est possible de mettre en avant, c'est le fait qu'il existe bien plus de traces écrites dans les dossiers issus de services de gendarmeries (quelle que soit l'unité au sein du département) que dans les dossiers de la police nationale. Pour autant, ces éléments ne suffisent pas à affirmer que la gendarmerie nationale effectue davantage de prélèvements que la police nationale.

c. Les refus de prélèvements

Le droit civil prévoit que le consentement de l'intéressé pour son identification ou pour un prélèvement doit être préalablement recueilli⁴⁹. Néanmoins il n'est fait, explicitement, aucune mention d'une exigence identique en matière pénale. Cela pourrait laisser penser *a priori* que le consentement de la personne est indifférent dans ce domaine. Pourtant ce n'est pas totalement exact. Sur le plan pénal, le consentement de la personne doit également et évidemment être recherché⁵⁰. Aussi, la circulaire du Garde des sceaux du 9 juillet 2008 qui

⁴⁷ On relèvera par exemple une affaire de viol sur une lycéenne commis à La Rochelle, pour laquelle plus de 500 prélèvements et exploitations ont été réalisés afin d'identifier l'auteur du crime.

⁴⁸ Cf. une alimentation incertaine, p. 75 et s.

⁴⁹ Art. 16-3, C. civ. : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne, ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

⁵⁰ X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002.

traite des refus de prélèvements⁵¹, rappelle que, conformément à la loi pénale, « *l'accord des personnes faisant l'objet d'un prélèvement ADN est nécessaire* ». Le consentement doit donc en principe être recherché. Cependant, le législateur a érigé en infraction le refus de la personne de consentir aux prélèvements biologiques aux fins d'alimentation du FNAEG⁵². La loi pénale prévoit ainsi un système dissuasif permettant de contourner le potentiel refus de la personne. Pour les personnes suspectées (simplement ou fortement) et pour les personnes condamnées pour des délits punis d'une peine inférieure à 10 ans d'emprisonnement, le fait de refuser un prélèvement biologique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Lorsque ces faits sont commis par une personne condamnée pour crime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende⁵³.

Le législateur va encore plus loin⁵⁴ en prévoyant un cas de prélèvement forcé. En effet, lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, le prélèvement peut être effectué sans l'accord de l'intéressé sur réquisitions écrites du procureur de la République. Cette hypothèse de prélèvement contraint surprend au regard du principe d'inviolabilité du corps humain et du principe de respect de la dignité humaine. Le législateur semble considérer que la recherche d'une preuve doit parfois être prioritaire à la protection du corps humain⁵⁵.

Une autre disposition permet également de déroger au consentement. L'article 706-56 du Code de procédure pénale prévoit en effet que lorsqu'il n'est pas possible de procéder à un prélèvement biologique sur une personne mentionnée au premier alinéa, l'identification de son empreinte génétique peut être réalisée à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé⁵⁶. Dès lors, à défaut de consentement, un prélèvement de ces éléments détachés du corps demeure possible. Chacun visualise la scène du policier récupérant un verre utilisé par un suspect ou un mégot de cigarettes jeté. En pratique, une personne n'a donc aucun intérêt à refuser de consentir à un prélèvement biologique puisque les enquêteurs pourront prélever les éléments naturellement détachés du

⁵¹ Circulaire « Refus de prélèvement FNAEG », CRIM-PJ du 9 juillet 2008, n° 08-28.H5.

⁵² Art. 706-54 et s., C. proc. pén.

⁵³ Art. 706-56 II, C. proc. pén. ; cf. III, p. 65 et s.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ C. GIRAULT, « Identification et identité génétiques », *AJ Pénal* 2010, p. 224 : « *La recherche de la vérité et le caractère peu invasif du prélèvement ont pu être invoqués pour légitimer (...) le recours à la contrainte* ».

⁵⁶ Cf. le refus marginal du fichage, p. 77.

corps⁵⁷, d'autant que l'opposition à un tel prélèvement pourrait, en sus, conduire à une « *méfiance du juge qui risquerait de voir sa religion convaincue quant à sa culpabilité* »⁵⁸.

Concernant plus spécifiquement la collecte qui a été menée, nous n'avons trouvé qu'une faible quantité de dossiers concernant des refus de prélèvement. Il s'agit d'une dizaine de cas jugés par le tribunal correctionnel sur l'ensemble de la période⁵⁹. Dans ces différentes affaires, il est constaté une particularité concernant les peines qui ont été prononcées : elles sont très faibles, voire inexistantes. Sur les dix cas identifiés, quatre suspects ou condamnés ont fait l'objet d'une dispense de peine ou d'une relaxe, un s'est vu prononcé une simple amende avec sursis et les cinq autres ont fait l'objet d'une peine faible⁶⁰. Une précision est toutefois à apporter sur ces peines d'emprisonnement. Dans les différents cas, les auteurs avaient déjà de nombreuses condamnations à leur actif mentionnées dans leur bulletin n°1 du casier judiciaire. La durée des peines prononcées doit encore être relativisée par le fait que les auteurs ont souvent été condamnés pour plusieurs infractions en concours. Ces chiffres sont intéressants puisqu'ils démontrent que malgré une sévérité apparemment voulue par le législateur et la chancellerie concernant les refus de la personne de consentir à un prélèvement, les décisions prononcées semblent plutôt clémentes⁶¹. Après analyse approfondie, il est cependant remarqué que cette apparente clémence se constate le plus souvent après un report d'audience qui a laissé à la personne mise en cause le temps de changer d'avis et d'accepter le prélèvement. L'indulgence peut alors s'apparenter à une possible forme de « *contrainte psychologique* ».

Qui plus est, les refus risquent non seulement d'avoir un impact sur le juge, mais aussi sur l'opinion collective. C'est notamment le cas dans certaines affaires médiatiques d'ampleur nationale. Tel est le cas d'un viol commis sur une lycéenne de 16 ans en 2013, dans un lycée de La Rochelle⁶². Le viol ayant eu lieu dans le noir, la victime était incapable de reconnaître son agresseur. Cependant, des éléments biologiques ont été retrouvés sur ses vêtements. Une vaste campagne de test ADN s'est alors engagée sur plus de 500 hommes présents dans l'établissement le jour de l'infraction, parmi lesquels, les membres du corps enseignant, le

⁵⁷ Élément mis en avant lors d'un entretien effectué par notre équipe avec l'un des acteurs de la procédure pénale.

⁵⁸ Expression empruntée à C. AMBROISE-CASTEROT, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », *in Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 19.

⁵⁹ Notre corpus ne comprend que des affaires qui sont entièrement traitées en audience correctionnelle ou criminelle et n'inclut pas l'ensemble des refus de prélèvement ayant bénéficié d'un classement sans suite ou d'une procédure alternative au jugement correctionnel.

⁶⁰ Allant de 15 jours à 5 mois d'emprisonnement ferme.

⁶¹ Élément mis en avant lors d'un entretien effectué par notre équipe avec l'un des magistrats du siège.

⁶² Cf. *supra*. p. 27.

personnel administratif et les élèves. Un élève majeur a refusé de se soumettre à ces prélèvements demandés par le parquet. Une forme de contrainte psychologique a alors été utilisée par le procureur de la République de La Rochelle, qui a affirmé qu'une suspicion porterait sur les personnes qui refuseraient de se faire prélever. Le jeune homme a ainsi finalement consenti au prélèvement. Cette affaire illustre bien les conséquences que peuvent avoir sur un magistrat, un enquêteur ou sur la collectivité, le refus de se soumettre à un prélèvement biologique. En tout état de cause, peu d'affaires de refus sont poursuivies et une certaine clémence judiciaire règne dans un domaine où le législateur affiche pourtant une certaine sévérité.

3. Les finalités des prélèvements

Les prélèvements effectués ont une double finalité : d'une part, la comparaison de profils génétiques (a) et, d'autre part, l'alimentation du FNAEG (b).

a. Les prélèvements aux fins de comparaison de la personne

Dans ce cas, il s'agit d'une comparaison entre le profil génétique qui est obtenu après analyse et les profils préexistants dans le FNAEG. Mais ce peut être aussi une comparaison avec des traces ADN qui auraient été recueillies durant l'enquête les profils préexistants dans le FNAEG.

En enquête de flagrance, l'article 55-1 du Code de procédure pénale dispose que « *l'officier de police judiciaire peut procéder, ou faire procéder sous son contrôle, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examen techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête* ». En l'espèce, c'est bien l'OPJ qui détient la maîtrise de ces prélèvements aux fins de comparaisons. En enquête préliminaire, cette maîtrise revient au procureur de la République⁶³. Il peut lui-même faire procéder à ces opérations ou autoriser les OPJ à y procéder. Enfin, concernant la phase d'instruction, le juge peut demander à un OPJ de procéder aux prélèvements externes par commission rogatoire⁶⁴.

⁶³ Art. 76-2, C. proc. pén.

⁶⁴ Art. 154-1, C. proc. pén.

Quelques illustrations, issues de notre corpus de décisions, peuvent être données concernant ce type de prélèvement. Tel est le cas pour une tentative de vol à main armée qui s'est déroulée dans un bureau de poste de Meurthe-et-Moselle. Les deux voleurs n'ont pas réussi à dérober le butin du coffre, puisqu'ils étaient mis en fuite par l'arrivée d'une salariée de la Poste. Dans leur course, l'un d'eux a laissé tomber son bonnet. Un recueil de cet élément a été effectué par les enquêteurs et des analyses ont été réalisées. Après comparaison avec le FNAEG, l'auteur a pu être identifié et interpellé. En l'espèce, l'ADN a joué un rôle important, puisque la comparaison a permis de retrouver l'auteur de l'infraction.

Mais l'ADN peut aussi permettre d'identifier des personnes hors fichier. A titre d'exemples, nous pouvons citer l'affaire d'une personne luxembourgeoise, portée disparue, dont le corps a été découvert calciné dans un village de Moselle. C'est grâce aux analyses ADN que l'identité de la victime a pu être établie. Parfois, l'ADN est l'ultime recours pour permettre l'identification d'une victime.

b. Les prélèvements aux fins d'alimentation du FNAEG

Si les modalités pratiques de prélèvements aux fins d'alimentation du FNAEG ne divergent pas selon les catégories de personnes⁶⁵, des différences existent quant au cadre juridique ainsi qu'à l'enregistrement ou non du profil dans le fichier. Les règles applicables figurent aux articles 706-54 et suivants du Code de procédure pénale⁶⁶. Elles précisent qui sont les personnes sujettes à prélèvements et dans quelles hypothèses.

Sont à prendre en considération les statuts des personnes susceptibles de faire l'objet d'un prélèvement : les personnes suspectes, les personnes soupçonnées, les témoins et les personnes condamnées. La personne qui est simplement suspectée est définie par l'article 706-54 du Code de procédure pénale comme la « *personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55* ». Cette personne peut être prélevée pour faire l'objet d'une comparaison avec d'autres profils génétiques contenus dans le fichier. Mais son profil génétique ne peut, en aucun cas, être enregistré dans le fichier. S'agissant des personnes fortement soupçonnées, le même article du Code de procédure pénale précise qu'il s'agit des « *personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant*

⁶⁵ Cf. *supra*.

⁶⁶ Celles-ci se retrouvent dans la partie législative du dit Code, livre IV (de quelques procédures particulières) au Titre XX : Du fichier national automatisé des empreintes génétiques. Cf. les prélèvements donnant lieu à enregistrement, p. 70.

vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 ». Précisons que le législateur n'exige pas le cumul d'indices à la fois graves et concordants. Ainsi, le prélèvement sera régulier dès lors qu'il existe plusieurs indices concordants, même légers. Le législateur prévoit également que les personnes qui sont déclarées coupables des infractions prévues à l'article 706-55 du Code de procédure pénale peuvent être prélevées pour être fichées. Il est nécessaire dans ce cas que leur condamnation soit définitive. L'article 706-55 du Code de procédure pénale vise toute une série de crimes et délits susceptible de donner lieu à un prélèvement aux fins de l'alimentation du FNAEG. Il s'agit essentiellement d'infractions aux personnes⁶⁷, d'infractions contre les intérêts de l'Etat⁶⁸ et de quelques infractions aux biens⁶⁹. A ces trois catégories, s'ajoute une quatrième prévue par l'article 55-1 du Code de procédure pénale, le témoin, désigné comme « *toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause* ». Si celui-ci accepte d'être prélevé, les résultats ne peuvent pas être enregistrés au FNAEG et seule une comparaison avec les traces et indices prélevés pour les besoins de l'enquête est possible.

Concernant notre recherche, il apparaît, notamment au cours des entretiens menés, que les prélèvements ADN aux seules fins d'alimentation du FNAEG ne semblent pas systématiques. Dès qu'une personne entre dans une des catégories précédemment énoncée (qui peut donner lieu à enregistrement) dans le cadre d'une affaire concernant une infraction faisant partie de la liste établie à l'article 706-55 du Code de procédure pénale, les officiers de police judiciaire devraient procéder systématiquement à un enregistrement du profil. Nous verrons ultérieurement que les données collectées ne paraissent pas acter d'une systématisation⁷⁰.

B. La procédure d'exploitation de l'ADN

Notre rapport se propose de présenter le cadre juridique concernant cette phase d'exploitation (1), puis de mettre en valeur les fluctuations de terrain qui ont été constatés pendant notre collecte (2).

⁶⁷ Sont essentiellement concernés les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs (meurtre ou assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ; les infractions d'agressions ou d'atteintes sexuelles ; le recours à la prostitution d'un mineur) et de nombreux crimes et délits considérés comme graves (ex. : les crimes contre l'humanité, les tortures et actes de barbarie, les atteintes volontaires à la vie, les violences volontaires des articles 222-1 à 222-18 du Code pénal, les trafics de stupéfiants, le proxénétisme, l'exploitation de la mendicité, la mise en péril des mineurs, etc.).

⁶⁸ Il s'agit notamment des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, des actes de terrorisme, des crimes de guerres, de la fausse monnaie et de l'association de malfaiteurs.

⁶⁹ Sont principalement visés les crimes et délits de vols, extorsions, escroqueries, destructions, dégradations, détériorations et menaces d'atteintes aux biens, infractions de recel et de quelques blanchiments de produits.

⁷⁰ Cf. une alimentation incertaine, p. 75.

1. Le cadre juridique

Il s'agit de déterminer qui sont les personnes qui décident de procéder à une exploitation des prélèvements (a), ainsi que les actes qu'elles doivent effectuer (b).

a. *Les personnes concernées*

Qui décide de faire procéder à une analyse génétique ? La réponse est donnée par le Code de procédure pénale aux articles 60, 77-1, 80-4 et 151. L'article 60, relatif aux enquêtes de flagrance, dispose que l'OPJ peut avoir recours à toute personne qualifiée pour procéder à des constatations ou examens techniques ou scientifiques. Durant la période de flagrance, un temps relativement court⁷¹, il est nécessaire pour les enquêteurs d'aller vite, et ils peuvent alors, d'initiative décider d'une exploitation d'une trace ou d'un prélèvement biologique. Concernant l'enquête préliminaire, l'urgence est moindre qu'en matière de flagrance. Ainsi, aux termes de l'article 77-1 du Code de procédure pénale, c'est « *le procureur de la République, ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire* » qui peut recourir à toute personne qualifiée pour procéder aux constatations ou examens techniques ou scientifiques. C'est donc le parquet qui reste maître de la décision d'exploitation. Enfin, en cours d'instruction, aux termes des articles 80-4 et 151 du Code de procédure pénale, c'est le juge d'instruction qui décide s'il y a lieu ou non de procéder à l'exploitation des traces ou prélèvements biologiques.

Il ressort de notre étude que pour le contentieux correctionnel « courant », ce sont les OPJ qui ont, outre la maîtrise du recueil de la preuve biologique, la possibilité de faire procéder à une exploitation (maîtrise ou force de proposition). Ce sont eux qui rédigent la réquisition et qui sont en lien avec les experts⁷². Au contraire, pendant une phase d'instruction, le juge écrit lui-même ses réquisitions. Dans les affaires que nous avons collecté qui font référence à la réalisation d'une exploitation ADN, ces réquisitions ont pu être retrouvées dans la majeure partie des dossiers ainsi que le rapport final de l'expert biologiste. Ce rapport contient des éléments de principe sur les empreintes génétiques ainsi que sur les techniques utilisées⁷³. Plus important encore, le rapport mentionne des informations sur le calcul de probabilité qui a été effectué par l'expert pour parvenir à ses conclusions.

⁷¹ Durée de 8 jours, renouvelable sous conditions ; art. 53, C. proc. pén.

⁷² Les magistrats donnant leur accord verbal puis écrit par la signature les devis. Cf. les difficultés techniques, p. 86.

⁷³ Recherches de traces biologiques, extraction d'ADN, etc.

b. Les actes concernés

Une fois le prélèvement effectué (ou recueil de la trace), les éléments sont envoyés pour analyse aux différents laboratoires, publics ou privés qui collaborent avec les services d'enquêtes. Pour cela, un formulaire de réquisition FNAEG/SCPPB⁷⁴ est à remplir par la personne qui envoie les scellés pour les traces recueillies sur des personnes, identifiées ou non, vivantes ou mortes. Ce formulaire est utilisé pour les analyses génétiques de matériel biologique, les transmissions de profils génétiques au FNAEG, ainsi que les transmissions de scellés au SCPPB. Il contient essentiellement les informations suivantes :

- Le cadre juridique⁷⁵ ;
- L'infraction concernée ;
- Des informations concernant le requérant⁷⁶ ;
- L'état civil de la personne concernée⁷⁷ ;
- Des informations sur les scellés⁷⁸.

Concernant l'expert, celui-ci n'est pas identifié nominativement. Les réquisitions précisent simplement le nom du laboratoire qui reçoit les scellés et exposent clairement les missions qui lui sont confiées. Outre ces réquisitions, les scellés sont envoyés accompagnés d'une demande d'enregistrement de traces, d'une demande d'enregistrement d'individus (pour les condamnés), ou bien d'une demande de rapprochement pour les personnes suspectes.

2. Les variabilités d'exploitation

L'analyse des décisions collectées par notre équipe met en exergue certaines variabilités dans les exploitations des prélèvements et recueils de traces qui sont réellement effectuées. Ces traces et prélèvements ne sont pas tous nécessairement envoyés aux laboratoires. Certains prélèvements sont exploités (a) tandis que d'autres ne le seront pas (b).

a. Les prélèvements exploités

Le nombre de prélèvements exploités dépend du nombre de prélèvements écartés. Pourquoi certains prélèvements ne sont-ils ainsi pas exploités ? Il existe une multiplicité de facteurs pouvant influencer les enquêteurs sur l'opportunité ou non de procéder à l'analyse d'une trace génétique. Il s'agit notamment :

⁷⁴ Service Central de Préservation des Prélèvements Biologiques.

⁷⁵ Reprise des articles du Code de procédure pénale.

⁷⁶ Nom, prénom, grade, qualité ainsi que le service ou l'unité de rattachement.

⁷⁷ Dans les hypothèses d'analyses aux fins de rapprochement ou d'alimentation du FNAEG.

⁷⁸ Informations sur le nombre de scellés ou bien des codes-barres.

- Du type d'enquête⁷⁹ ;
- De la gravité des faits ;
- De la qualité du prélèvement ;
- Des circonstances du recueil ;
- De la temporalité du recueil ;
- Du coût de l'analyse ;
- De l'urgence de l'affaire ;
- De l'existence ou non d'autres moyens de preuves ;

Précisons toutefois que certains éléments sont exploités en urgence⁸⁰. Cette notion d'urgence, très subjective, est laissée à l'appréciation des OPJ. Dans ce domaine aussi, la notion de coût est à prendre en considération. Les exploitations en urgence se décident lorsque l'OPJ estime important et nécessaire de payer plus chères des analyses rapides. Bien que cela ne concerne pas exclusivement les gardes à vue⁸¹, c'est dans cette hypothèse que l'utilité est semble-t-il la plus grande. Le contexte psychologique n'est pas neutre. Le seul fait de prélever une personne peut déjà être une forme de pression supplémentaire, notamment au regard de la grande force probante qu'a l'ADN dans l'opinion publique⁸².

Il paraît également intéressant de déterminer comment sont choisis les laboratoires d'expertises qui doivent procéder aux analyses génétiques. La question du coût prévisionnel est généralement croisée avec celle des délais prévisibles afin de choisir le laboratoire. Il ressort des différents entretiens menés auprès des acteurs de la procédure pénale que les autorités choisissent le laboratoire d'analyse, selon le type d'affaires, en fonction de la rapidité et de la qualité d'analyse. Dans les affaires courantes, sans urgence, les officiers ont tendance à recourir aux laboratoires publics. Par contre, en cas d'urgence - ou du moins si une certaine rapidité est attendue – ou en cas d'analyse technique spécifique, ils effectuent leurs demandes auprès des laboratoires privés. Ceux-ci ont la réputation d'être plus rapides. La notion de coût paraît dès lors fondamentale, puisque les analyses dans les laboratoires publics n'entraînent pas de coût direct pour la justice, contrairement à certaines analyses plus poussées réalisées par des laboratoires privés qui, elles, peuvent atteindre d'importantes sommes.

⁷⁹ Notamment du caractère criminel ou non de l'affaire

⁸⁰ Les analyses sont dans ce cas faites sous 7 jours et le rapport doit être rendu sous 10 jours.

⁸¹ Dans ce cas, le délai est encore réduit pour rentrer dans la période de garde à vue, avec un coût supérieur.

⁸² Cf. IV, p. 89 et s.

b. Les prélèvements non exploités

Exploiter un prélèvement qui a été effectué durant le début d'une enquête peut apparaître comme une suite logique. En effet, c'est bien dans l'optique première d'exploiter que l'on prélève. Néanmoins, certains éléments prélevés ou recueillis ne le seront jamais. Les mêmes facteurs que ceux précédemment cités justifient également l'absence d'exploitation (la nature de l'infraction, la qualité du prélèvement, les modalités de recueil de celui-ci, le coût de l'analyse, l'urgence, l'existence ou non d'autres moyens de preuves et la temporalité du recueil).

Il ressort de notre analyse que les prélèvements et traces recueillis ne sont pas exploités lorsque les OPJ ne les estiment pas réellement utiles. C'est notamment le cas quand le faisceau d'indices apporté par d'autres moyens de preuves semble suffisant. Mais ce peut être aussi en fonction du lieu de commission de l'infraction. Ainsi, si l'infraction s'est déroulée au domicile du suspect, son ADN sera nécessairement présent partout, quelle utilité alors à effectuer des prélèvements ? Les circonstances de l'affaire et les autres moyens de preuves mis à disposition des enquêteurs peuvent justifier que des prélèvements soient écartés⁸³.

Concernant les circonstances du recueil ou du prélèvement, un exemple nous a été donné par l'un des professionnels interrogés. Il nous a évoqué une affaire où un mégot de cigarette a été retrouvé dans un jardin accessible depuis la rue. Le magistrat a décidé de ne pas prendre en compte cet élément, du fait que le mégot pouvait être arrivé dans ce jardin de différentes manières et qu'il n'atteste ainsi nullement de la présence physique du mis en cause sur le lieu de commission de l'infraction. Les circonstances du recueil de ce mégot (n'importe qui aurait pu avoir accès au jardin depuis la rue) et rendaient, en l'espèce, une analyse peu pertinente, voire inutile.

Les magistrats et enquêteurs mettent également en avant leur volonté, précédemment énoncée, de prélever pour couvrir les risques d'erreurs, afin d'obtenir un dossier solide. C'est notamment le cas dans les affaires de viol. Même quand la personne est désignée dès le début de l'affaire par une plainte ou un signalement, des prélèvements sont effectués, quand bien même ils pourraient ne jamais être exploités ensuite dès lors que d'autres éléments (témoignages, aveu, etc.) apparaissent suffisants pour corroborer la réalité des faits et leur commission par l'accusé.

⁸³ Là encore, le coût est important. La balance avantages/coûts a notamment été mise en avant lors de nos entretiens.

Néanmoins, il est à noter que depuis 2013, une circulaire expose clairement la nécessité pour les enquêteurs de ne prélever que ce qu'ils estiment utile en vue d'une exploitation future, en raison des frais de justice⁸⁴. Se pose alors la question de la conservation ou de la destruction des éléments recueillis ou prélevés mais non analysés. L'un des acteurs de la procédure pénale interrogés par notre équipe nous a indiqué que les prélèvements non exploités sont, en pratique, conservés tant qu'ils peuvent avoir une utilité (jusqu'à une décision définitive), l'exploitation pouvant s'avérer utile tant que l'affaire n'est pas close. L'affaire « du petit Grégory »⁸⁵ en est un parfait manifeste : certaines traces, inexploitable à l'époque des faits, n'ont été analysées que lorsque les avancées de la science ont permis d'en tirer un indice⁸⁶. D'autres acteurs de la procédure pénale questionnés considèrent qu'une destruction des scellés non exploités est envisageable, bien qu'ils n'en aient eux-mêmes jamais décidé, notamment si l'affaire ne présente pas une complexité et une gravité importante. Précisons que dans tous les cas, le Code de procédure pénale interdit de détruire les scellés exploités⁸⁷.

C. Le coût du recueil et de l'exploitation

Dans cette première partie a été mis en avant le fait que les moyens mis en œuvre pour la résolution de l'enquête par les enquêteurs ne sont pas les mêmes suivant, notamment, la gravité de l'infraction en cause. Cette question renvoie aux coûts des recueils et analyses. Deux questions subsistent encore : qui paye d'une part (1) et combien coûtent ces recueils et analyses d'autre part (2).

⁸⁴ Circulaire du 29 novembre 2013 relative à la lutte contre les cambriolages et autres vols : « *Dans un souci partagé de bonne gestion des finances publiques, au regard du coût financier et de la charge de travail que représente l'analyse des prélèvements réalisés, les services enquêteurs devront être sensibilisés à la nécessité de ne prélever que les traces dont ils estiment qu'elles seront susceptibles d'une exploitation utile* »,

⁸⁵ Le 16 octobre 1984, Grégory Villemin, âgé de 4 ans, disparaît alors qu'il joue dans le jardin devant la maison de ses parents à Lépanges-sur-Vologne (Vosges). Le soir même le corps de l'enfant mort noyé est découvert, tout habillé, plaqué contre un barrage dans la Vologne, à Docelles, à sept kilomètres en aval de Lépanges-sur-Vologne. Son corps ne présente pas de trace de violence, mais une cordelette lui lie jambes et ses mains sont croisées sur son ventre.

⁸⁶ Il s'agit principalement d'un long cheveu prélevé sur le pantalon de Grégory, de prélèvements d'ADN effectués au cœur des nœuds des trois cordelettes ayant servi à ligoter l'enfant et du foulage « L B » (soit une empreinte laissée par un écrit sur une feuille placée en dessous) identifié au bas de la lettre de revendication du crime datée du 16 octobre et adressée au père de Grégory, Jean-Marie Villemin.

⁸⁷ Notamment dans le cadre de l'article R53-20 du Code de procédure pénale : « *Les scellés relatifs aux traces et échantillons mentionnés aux 1°, 3° et 4° de l'article R. 53-10 et ayant fait l'objet d'un conditionnement normalisé selon des modalités fixées par arrêté conjoint du ministre de la justice, garde des sceaux, et du ministre de l'intérieur sont adressés au service central de préservation des prélèvements biologiques en vue de leur conservation* ».

1. Qui paye ?

Cette problématique du coût a été traitée lors de notre colloque intermédiaire par Bertrand Renard, chercheur à l'Institut National de Criminalistique et de Criminologie de Bruxelles et maître de conférences en criminologie à l'université catholique de Louvain. Celui-ci a mis en avant le fait que les aspects financiers de l'expertise doivent être pris en considération, ces opérations composant une grande partie des frais de justice en matière pénale et représentant de ce fait des sommes considérables. Si le prélèvement est demandé et effectué par la police ou par la gendarmerie, c'est sur leurs budgets propres qu'est impacté le coût. En revanche, si la demande émane du Parquet, cette imputation est effectuée sur les frais de justice. Concernant les analyses, tout dépend du laboratoire choisi⁸⁸.

Certains professionnels du droit interrogés souhaiteraient, dans ce domaine, un retour à un certain équilibre pour les coûts que les analyses entraînent, en lien avec moins de recours excessif aux caractéristiques génétiques. Il ressort également de nos entretiens que, de plus en plus, des avocats paieraient des experts privés afin de pouvoir contredire des analyses qui auraient été faites durant l'enquête. L'objectif réside notamment dans la possibilité de contredire les prélèvements, les méthodes utilisées ou bien encore les conclusions d'expert. Cette technique permet de semer le trouble sur la première analyse qui a été faite. Néanmoins, nous n'avons pas trouvé d'exemple de ce type dans notre collecte de décisions en Meurthe-et-Moselle sur la période 2003-2013. Une des raisons peut être le fait qu'une contre-expertise n'est pas forcément utile du fait d'une normalisation forte qui existe au sein de la procédure d'exploitation de la preuve génétique, que ce soit sur les méthodes de prélèvement ou de recueil ou bien encore sur les accréditations des laboratoires, ou même sur les analyses faites par les experts agréés. L'utilité d'une contre-expertise n'a pas non plus été mise en avant lors de nos entretiens.

2. Combien cela coûte ?

Dans notre corpus de décisions nous n'avons trouvé que peu de références à la notion de coût. Si dans nos différents entretiens avec les magistrats et personnels de terrain (police nationale, gendarmerie nationale), il ressort que cette notion est importante, elle ne se retrouve pas clairement identifiée dans les dossiers de procédure. Il n'y a pas d'éléments visibles de comptabilité analytique dans les dossiers.

⁸⁸ Cf. la distinction entre laboratoires publics et privés, p. 34.

Le coût est différent dans la phase de recueil et de prélèvement et dans la phase d'exploitation. Concernant les prélèvements et recueil, il ressort de nos entretiens que le prix unitaire d'un kit de recueil de preuve est d'environ 5-6 euros. Ce coût unitaire, qui peut paraître relativement faible, explique la démarche des enquêteurs de prélever beaucoup afin de se prémunir des risques d'erreurs dans certaines affaires⁸⁹. Néanmoins, le coût total peut être élevé en cas de prélèvements de masse. Un de nos collaborateurs, officier de gendarmerie, met en avant la nécessité pour les services d'enquête de gérer au mieux leur stock de kits de prélèvement. En effet, en France, les kits sont achetés pour un an, sans possibilité de rachat en cours d'année. Les enquêteurs établissent des statistiques mensuelles sur le nombre de kits consommés et sur le restant dû à utiliser. Les chiffres obtenus influencent nécessairement leurs décisions de prélever ou non.

Concernant la phase d'exploitation, le coût dépend du fait qu'il s'agisse d'un laboratoire public ou privé ainsi que du délai d'analyse demandé par le requérant aux experts. Le tarif varie également en fonction de la complexité de l'analyse demandée. Dans ce domaine, « *plus l'expertise est perfectionnée, plus son coût est élevé* »⁹⁰. Le site internet du ministère de l'intérieur contient une grille tarifaire des prestations de l'INPS⁹¹. Cette grille est divisée en trois tarifs différents selon que le délai d'exploitation est normal, urgent, ou pendant une garde-à-vue. A titre d'exemple, la recherche tendant à l'établissement d'un profil individu à partir d'un prélèvement sur carton dit « FTA » est d'environ 35 euros en cas de traitement normal. En urgence, le prix est de 50 euros. Enfin, en cas de réponse pendant une garde-à-vue, le prix est d'environ 70 euros⁹². En outre, la recherche et l'analyse d'une trace biologique à exploitation simple⁹³ d'ADN nucléaire s'élève à environ 120 euros en temps normal, 180 euros en urgence et 240 euros en garde-à-vue. S'il s'agit d'ADN mitochondrial, les tarifs grimpent respectivement à 200, 300 et 401 euros.

Plus l'analyse est complexe, plus le coût sera élevé. À ce titre, quelques cas issus de notre base de données illustrent les différences. Dans une affaire, plusieurs auteurs ont effectué un vol à main armée dans un bureau de poste. Une cagoule a été retrouvée à proximité des lieux ainsi qu'une fibre de laine à côté du coffre-fort. Le laboratoire a facturé 1533,97 euros la comparaison d'ADN nucléaire sur trace en urgence. Dans une autre affaire, des analyses

⁸⁹ Sont évoquées notamment les affaires de viols.

⁹⁰ M. MARX, *La preuve par le corps humain*, thèse de doctorat, Université de Poitiers, 1997.

⁹¹ Grille tarifaire de 2014 : www.interieur.gouv.fr/content/download/68789/.../tarification-tva-20-20140101.pdf

⁹² Cf. J.D. NICOL, *The Bachelor of Sciences in Criminalistics*, University of Illinois, Chicago, IL, USA, 1972, p. 2.

⁹³ L'exploitation simple comprend notamment : « *les écouvillons de traces de contact, les écouvillons de sang, les mégots, les chewing-gum, les petits objets faciles à manipuler (...)* ».

ADN ont été effectuées par un laboratoire privé de la région sur du sang et des cheveux retrouvés sur des chaussures appartenant aux mis en causes, ainsi qu'un prélèvement buccal de la victime recueilli avec un kit FTA pour comparaison. Le laboratoire a comparé le sang et les cheveux avec le prélèvement ADN de la victime et a ainsi déterminé si ces éléments lui appartenaient. Ces opérations ont été effectuées dans un délai standard pour un coût total de 1200 euros. Enfin, citons un dossier jugé par la Cour d'assises de Meurthe-et-Moselle, dans une affaire où le corps d'une femme a été retrouvé avec, à ses pieds, une arme. Son mari avait reçu un appel de son épouse lui annonçant vouloir se suicider. D'abord classée sans suite, cette affaire a ensuite donné lieu à une ouverture d'information du fait du faisceau d'indices rendant, selon les magistrats, peu vraisemblable un acte suicidaire de la part de la victime. De nombreuses expertises et contre-expertises ont été ordonnées. Plusieurs divergences ont été observées dans les différentes conclusions. Des prélèvements ont été effectués sur l'arme retrouvée ainsi que sur d'autres armes détenues par le mis en cause, dont une cachée dans la maison et non déclarée. L'analyse et la comparaison des armes a été facturée par le laboratoire 3775,10 euros.

Ces divers exemples illustrent bien le fait que le coût est majoré selon l'urgence de la procédure ainsi que la complexité des analyses. Quoi qu'il en soit, les procédures de recueils et d'exploitation sont constamment soumises à la question de l'utilité de la preuve génétique ainsi qu'à cette notion de coût. Dès lors, quelle est la place de l'ADN dans les procédures pénales ?

II. La place de la preuve ADN dans les procédures pénales

Les analyses scientifiques jouent un rôle central dans les procédures pénales contemporaines. Dans le cadre de notre projet, il a été confirmé que les analyses et expertises génétiques sont d'importants moyens de preuve. Aujourd'hui, ce type de preuve est souvent présenté comme la « *star des auxiliaires de justice* »⁹⁴ ; sans l'ADN, aucune procédure pénale ne saurait être parfaite ? Notre étude permet d'affirmer qu'il ne s'agit pas de la « *reine des preuves* »⁹⁵, pourtant, il est désormais difficile à un juge répressif d'affirmer l'implication d'un individu dans des faits infractionnels sans s'appuyer sur des éléments probatoires issus des laboratoires

⁹⁴ O. PASCAL, A. SCHLENK, « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ Pénal* 2004, p. 24.

⁹⁵ Cf. IV, p. 89 et s.

de police scientifique. Les preuves génétiques sont aujourd'hui des moyens de preuve et d'investigation quasi-incontournables.

Avant d'exposer les résultats de notre recherche sur ce point, rappelons qu'en matière pénale, le principe est celui de la liberté de la preuve⁹⁶. La preuve par l'analyse ADN n'y fait pas exception. Dans le cadre des procédures pénales, la preuve peut être apportée aussi bien par un particulier que par un agent de l'autorité publique.

Dans la première hypothèse, la preuve ADN est recevable, alors que son recueil et son analyse ne respecteraient pas les obligations précédemment énoncées⁹⁷. Lorsqu'elle est apportée par un particulier, il est constant de considérer que la preuve pénale est recevable quand bien même elle est illicite ou illégale, tant qu'elle est contradictoirement débattue⁹⁸. Des hypothèses de preuve par l'ADN apportée par un particulier dans le cadre d'une procédure pénale nous sont demeurées inconnues. Ce constat n'est pas surprenant. Il résulte, d'une part, de la spécificité de la preuve étudiée. Afin d'éviter d'éventuelles contestations faciles, le recueil de l'ADN doit être effectué selon une technique particulière, par des techniciens compétents. Les modalités techniques de l'analyse ADN prévues par les normes scientifiques n'ont pour objet que de s'assurer de la fiabilité des résultats obtenus. À défaut de les respecter, outre la méconnaissance des textes, l'analyse risque d'être biaisée ou, tout au moins, aisément contestable. L'absence de cas où la preuve aurait été apportée par un particulier s'explique, d'autre part, par les droits conférés aux parties dans le cadre de la procédure pénale. Les parties privées peuvent solliciter auprès des autorités compétentes toutes mesures qui leurs paraissent utiles aux fins d'établir la vérité. Ces droits procéduraux rendent inutile la production, par une partie privée, d'une preuve génétique. Ce n'est qu'en cas de refus des autorités compétentes de procéder à un tel acte que la partie privée a un intérêt à y procéder elle-même. Au regard de ces éléments, notre étude ne retrouve aucune affaire dans laquelle une preuve ADN aurait été apportée par un particulier. De ce fait, nous nous concentrons exclusivement sur la preuve ADN apportée par l'autorité publique. Cette

⁹⁶ Art. 427, C. proc. pén.

⁹⁷ Cf. I, p. 17 et s.

⁹⁸ Crim., 15 juin 1993, n° 92-82.509 : *Bull. crim.* n° 210 ; *D.* 1994, p. 613, note MASCALA ; *Dr. pénal* 1994, p. 3, obs. LESCLOUS, MARSAT – Crim., 6 avr. 1994, n° 93-82.717 : *Bull. crim.* n° 136 ; *Gaz. pal.* 21 juill. 1994, p. 18, note DOUCET. Sur l'obligation de discussion contradictoire : Crim., 30 mars 1999, n° 97-83.464 : *Bull. crim.* n° 59 ; *Procédures* 1999, n° 215, note BUISSON ; *RG Proc.* 1999, p. 640, chron. REBUT ; *D.* 2000, p. 391, note GARE.

dernière est, quant à elle, soumise au principe de loyauté de la preuve⁹⁹ : aucun stratagème¹⁰⁰, aucun procédé frauduleux¹⁰¹, aucune provocation policière¹⁰² ne saurait dès lors être toléré.

Alors qu'il est ainsi rappelé que l'analyse génétique est un moyen d'investigation et de preuve pénale, nos travaux nous ont conduits à apprécier l'influence de cette mesure sur la procédure pénale. La question de l'efficacité voire de l'efficience de la preuve ADN est, sinon première, du moins essentielle. Mais si utile soit-elle dans certains cas, est-elle véritablement la preuve absolue sur laquelle les autorités judiciaires se reposent afin de mettre en lumière la vérité ?

L'étude que nous avons menée au sein des juridictions meurthe-et-mosellanes permet d'explorer cette question. Afin de présenter nos conclusions sur ce point, il nous paraît opportun d'opérer une distinction en fonction de l'étape procédurale étudiée. Ainsi, sont présentées, dans un premier temps, la place de l'ADN dans la phase d'investigation (A) et, dans un second temps, la place de l'ADN dans la phase de jugement (B).

A. La place de l'ADN dans la phase d'investigation

La phase d'investigation s'étend de la découverte des faits à la saisine des juridictions de jugement. Elle est composée de l'enquête et, le cas échéant, de l'instruction¹⁰³. Il est à remarquer que les analyses des traces et prélèvements ADN sont, le plus souvent, parmi les premières mesures d'investigation effectuées. Dès que les autorités disposent d'éléments génétiques qui ont vocation à être exploités, ils le sont à la condition toutefois que cette mesure d'investigation paraisse nécessaire aux enquêteurs. Ce constat d'ordre temporel ne retire en rien l'intérêt de l'étude de l'instruction. Certaines analyses ADN ne sont réalisées qu'une fois l'instruction ouverte, laquelle est, qui plus est, obligatoire en matière criminelle. Partant, il y a lieu de souligner certaines spécificités quant à la preuve ADN selon les temps de la phase d'investigation.

Concernant la phase d'enquête, les cas de recours à l'analyse ADN sont plus généraux que lorsqu'elle est sollicitée durant l'instruction. Dans le cadre d'une enquête de flagrance, l'OPJ

⁹⁹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, éd. LexisNexis, 8^e, 2012, p. 586 et., n° 587 et s.

¹⁰⁰ Crim., 27 févr. 1996, n° 95-81.366 : *Bull. crim.* n° 93 : *Gaz. pal.* 11 juill. 1997, p. 9, rapp. GUERDER ; *D.* 1996, p. 346, note GUÉRY ; *JCP G* 1996. II. 22629, note RASSAT.

¹⁰¹ Crim., 28 oct. 1991, n° 90-83.692 : *Bull. crim.* n° 381 : *Dr. pénal* 1992, comm. n° 42, note ROBERT – AP, 7 janv. 2011, n° 09-14.316, 09-14.667 : *Bull. AP* n° 1 : *D.* 2011, p. 562, obs. FOURMENT, *D.* 2011, p. 618, note VIGNEAU.

¹⁰² Crim., 30 avr. 2014, n° 13-88.162 : *Bull. crim.* n° 119 : *D.* 2014, pan. 1739, obs. PRADEL ; *AJ pénal* 2014, p. 374, obs. DE COMBLES DE NAYVES ; *JCP G* 2014, n° 583 ; *RSC* 2014, p. 577, note FRANCILLON.

¹⁰³ Dans le cadre de notre étude, 99 affaires ont fait l'objet d'une instruction ; 2340 affaires ont fait l'objet d'une simple enquête sans instruction.

peut faire procéder, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, à des opérations externes nécessaires à la réalisation d'examen scientifiques de comparaison des traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête¹⁰⁴. Sous réserve d'une autorisation du procureur de la République, les mêmes modalités sont prévues en matière d'enquête préliminaire¹⁰⁵. Dans ces cas, la sollicitation de l'expert en matériel génétique fait l'objet d'une demande-type transmise au laboratoire d'analyse par le responsable de l'enquête. Concernant l'instruction, l'analyse génétique est assurément plus précise. En application des règles de droit commun, le juge d'instruction requiert, par commission rogatoire, de procéder aux actes d'information qu'il estime nécessaires¹⁰⁶, telles que le sont les analyses des traces et prélèvements génétiques. Aux termes des dispositions du Code de procédure pénale¹⁰⁷, la mesure d'instruction est, dans ce cas, davantage circonstancielle que celle réalisée durant une enquête de flagrance ou préliminaire. Le juge précise, par son ordonnance, les faits pour lesquels il est saisi, la nature de l'infraction ou encore les circonstances de celle-ci. Aussi, lors de l'instruction, les résultats de l'analyse génétique font l'objet d'un rapport dressé par l'expert. Celui-ci est communiqué à l'ensemble des parties et soumis à débat contradictoire. S'il ne s'agit là que de l'application du droit commun de l'instruction, il est à noter qu'en pratique, la preuve ADN fait quelque peu exception au titre des débats suivant la communication du rapport d'expertise. Ce dernier est en effet rarement remis en cause par les parties¹⁰⁸. La technicité de la matière et le spectre de l'absolu par lequel cet indice est perçu semblent empêcher leurs conseils d'œuvrer utilement sur ce point¹⁰⁹.

Si la distinction entre la preuve ADN en phase d'enquête et en phase d'instruction existe, celle-ci nous est apparue quelque peu superficielle lorsqu'il s'agit d'étudier son influence sur le cours de la procédure pénale. Bien que le respect des règles soit important¹¹⁰, la présente étude se borne à explorer les effets et perceptions pratiques de cette mesure. Or, qu'il s'agisse d'une enquête ou d'une instruction, la phase préparatoire dans son ensemble suit un objectif identique visant à constituer et alimenter le dossier pénal aux fins d'établir la vérité. L'analyse

¹⁰⁴ Art. 55-1, al.1^{er}, C. proc. pén.

¹⁰⁵ Art. 76-2, C. proc. pén.

¹⁰⁶ Art. 151, C. proc. pén.

¹⁰⁷ Art. 151 et s., C. proc. pén. ; art. 156 et s., C. proc. pén.

¹⁰⁸ Dans le cadre de notre étude, une affaire a donné lieu à ouverture de discussions portant sur le rapport d'expertise ADN. Toutefois, il est à noter que la contestation portait sur la forme du rapport et non sur le fond de l'analyse menée par l'expert.

¹⁰⁹ Cette remarque a été rapportée à l'occasion d'entretiens avec les avocats sollicités.

¹¹⁰ Rappelons que, apportée par une autorité publique, la preuve doit être loyale et légale.

ADN est un moyen mis en œuvre par les enquêteurs afin d'aboutir à cette finalité recherchée, que ces derniers agissent dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction. L'influence de cet outil d'investigation est donc à explorer plus opportunément selon les circonstances de l'affaire traitée. Dans certaines affaires les enquêteurs cherchent à savoir qui a participé aux faits infractionnels. Leur question est ouverte. Dans d'autres affaires, les enquêteurs veulent confirmer la participation de tel ou tel suspect et ainsi pouvoir démontrer son implication. C'est pourquoi il y a lieu de distinguer deux hypothèses majeures rencontrées dans le cadre de notre étude et pour lesquelles l'importance de l'expertise génétique est différente. La première est celle dans laquelle la preuve ADN a pour finalité d'identifier un protagoniste inconnu (1) ; la seconde est celle dans laquelle elle est utilisée alors que les protagonistes sont déjà connus (2).

1. La preuve ADN face à des protagonistes inconnus

La phase d'investigation est la première étape de la procédure pénale visant à faire la lumière sur les faits infractionnels commis. Afin d'y aboutir, les enquêteurs ont vocation à identifier tous les protagonistes ayant participé, directement ou indirectement, à l'infraction. L'analyse ADN des différentes traces recueillies sur la scène de l'infraction est, à ce titre, un moyen présentant une utilité certaine. Toutefois, il est apparu dans le cadre de notre étude, que l'analyse ADN est rarement l'élément permettant l'identification d'un individu¹¹¹. Si les médias en font leurs gros titres¹¹², l'identification d'un individu par l'ADN demeure exceptionnelle au regard du nombre d'utilisations de cet élément d'investigation. Notre étude permet de souligner que la principale cause de ce constat résulte des modalités actuelles de l'exploitation de l'ADN. En effet, si l'identification de l'ensemble des protagonistes intéressés par une affaire se présente comme une nécessité (a), les modalités auxquelles est soumis cet outil d'investigation (b) limitent l'objectif escompté.

a. La nécessité d'identification des protagonistes

Identifier les individus ayant participé, directement ou indirectement, aux faits infractionnels dont les enquêteurs sont saisis s'impose à double titre.

Premièrement, une telle diligence vise à orienter les investigations. Elle permet d'alimenter l'enquête ou l'instruction et, le cas échéant, de la poursuivre jusqu'à son terme. La trace ADN d'un individu trouvée sur les lieux de l'infraction induit que celui-ci s'y trouvait. Certes, la

¹¹¹ Sur l'ensemble du panel exploité, l'ADN n'a permis l'identification de l'auteur que dans 13 affaires.

¹¹² Cf. IV, p. 89 et s.

seule trace d'un sujet sur les lieux de l'infraction ne préjuge pas de sa culpabilité, ni même de son implication dans l'affaire en cause. Des traces ADN d'un individu peuvent se retrouver de nombreuses années après le passage de celui-ci¹¹³. Toutefois, l'identification de l'intéressé permet d'alimenter les investigations. Des recherches supplémentaires ont vocation à être menées le cas échéant afin de déterminer avec précision le rôle de l'intéressé dans l'infraction. S'il n'est pas auteur de celle-ci, peut-être est-il un témoin pouvant apporter un élément essentiel pour la suite de l'investigation. Aussi, la preuve ADN permet de confondre l'intéressé à l'occasion de son audition. Alors que celui-ci affirme lors de ses premières auditions n'avoir jamais été sur les lieux de l'infraction, les enquêteurs considéreront à l'évidence qu'il ment si une trace génétique de l'individu y a été recueillie. Or, le menteur ne l'est que parce qu'il cache une information. Le travail d'investigation vise alors à découvrir ce secret avant d'apprécier son intérêt dans le cadre de la procédure pénale diligentée.

Deuxièmement, la nécessité d'identifier les protagonistes d'une affaire dans le cadre de la phase d'investigation s'impose au regard des règles de saisine des juridictions pénales. Ces dernières sont saisies *in personam*¹¹⁴. L'identité de la personne mise en cause est, plus qu'essentielle, impérative pour conclure une investigation. Sans déflorer la question relative à la culpabilité de la personne renvoyée devant les juridictions de jugement¹¹⁵, la phase de jugement ne peut pas s'ouvrir sans qu'un supposé auteur n'ait été identifié durant la phase d'investigation. Bien que notre étude se limite aux affaires jugées – et donc pour lesquelles l'identité de la personne renvoyée a été déterminée –, certaines affaires médiatiques sont actuellement pendantes devant les juridictions d'instruction, faute de pouvoir identifier les protagonistes¹¹⁶. D'autres encore, restent dans la mémoire des magistrats qui en avaient la charge, ces derniers regrettant de n'avoir pas pu disposer de la preuve ADN à l'époque où les faits ont été commis¹¹⁷. L'affaire du petit Grégory (1984) reste dans toutes les mémoires.

L'évidence conduit à admettre que le principal protagoniste dont l'identité doit être établie au cours de la phase d'investigation est la personne suspectée d'avoir commis – ou d'avoir participé – à l'infraction. Bien qu'il s'agisse de l'hypothèse première, elle n'est pas l'unique

¹¹³ C. JEAN-MEÏRE, « F.-B. Huyghe, ADN et enquêtes criminelles », *RSC* 2008, p. 1033.

¹¹⁴ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *op. cit.*, p. 984, n° 1563.

¹¹⁵ *Cf. infra.*

¹¹⁶ V. notamment l'affaire relative au braquage du fourgon blindé commis le 15 janvier 2007 à Metz. Malgré la gravité des faits et les moyens mis en œuvre, cette affaire demeure en cours d'instruction à défaut de pouvoir, pour l'instant, identifier les protagonistes. V. Républicain Lorrain, « Braquage du fourgon blindé : la piste du grand banditisme », 15 janvier 2013 – Républicain Lorrain, « Attaque du fourgon blindé à Metz-nord : dix ans d'enquête et après ? », 15 janvier 2017.

¹¹⁷ Les magistrats concluent bien souvent leurs propos en soulignant que, s'ils avaient disposé il y a quelques années de la preuve ADN, telle ou telle affaire aurait pu être résolue ou leurs investigations accélérées.

intérêt de la preuve ADN. D'abord, cette dernière peut permettre d'identifier un témoin ayant à fournir aux enquêteurs des renseignements précieux pour la suite de leurs diligences. Quelles que soient leur implication et leur responsabilité, l'identification de tous les protagonistes ayant participé, directement ou indirectement, est utile dans le cadre de la phase d'investigation. L'utilisation de l'analyse ADN peut, en outre, permettre d'identifier la victime. Rappelons à ce propos qu'un régime est spécialement prévu dans le cadre des enquêtes pour mort suspecte ou portant sur la disparition. Nos résultats ne s'attarderont toutefois pas sur ce point car aucune affaire étudiée ne concerne l'utilisation de la preuve ADN dans le cadre de ces types d'enquêtes spéciales. L'ouverture de ce type d'enquête est rare et la possibilité d'exploiter un élément ADN afin d'assurer leur investigation plus encore. La nécessité d'identification des victimes n'y est toutefois pas réservée. Nous avons étudié, dans le cadre de nos travaux, une affaire dans laquelle la preuve ADN a été utilisée aux fins d'identifier une victime dont le corps n'était pas reconnaissable du fait des actes qu'elle avait subis¹¹⁸. C'est dans le cadre d'une instruction ouverte du chef de torture et actes de barbarie ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner¹¹⁹ que de telles diligences se sont avérées nécessaires. Ainsi, il est à retenir que, dans le cadre des investigations, la preuve ADN concerne principalement l'identification de l'auteur de l'infraction sans y être limitée : elle permet également d'identifier des témoins et parfois même des victimes.

Alors que l'identification des protagonistes de l'affaire s'avère nécessaire dans le cadre de la phase d'investigation, la preuve ADN est un outil précieux mis à la disposition des enquêteurs afin d'y aboutir. Toutefois, il apparaît que les modalités, notamment techniques, auxquelles cette mesure est soumise conduisent à limiter son opportunité pratique.

b. Les modalités d'identification des protagonistes

L'identification d'un individu par son ADN repose sur une comparaison entre deux éléments : d'une part, une trace recueillie et, d'autre part, un prélèvement effectué sur le sujet. Cet impératif de comparaison s'impose selon des considérations d'ordre technique. L'expertise génétique repose en effet sur l'analyse des parties non-codantes de l'ADN. Ces éléments présentent des polymorphes caractérisés par la répétition en tandem d'unités de base. À l'analyse de certaines zones – appelés *locus* –, des similitudes peuvent apparaître entre les deux éléments analysés. Plus il y a de *loci* correspondants entre les deux échantillons

¹¹⁸ Dans cette affaire, il a été procédé à une analyse de l'ADN de la victime comparé à celui de l'un de ses parents. Ainsi a pu être confirmée l'identité de la victime non reconnaissable du fait de la torture et des actes de barbarie qu'elle a subi.

¹¹⁹ Art. 222-6, C. pén.

analysés, plus il est probable que la trace recueillie provienne de l'individu prélevé¹²⁰. Au regard de ces brefs rappels scientifiques, il est à retenir que l'analyse ADN s'apprécie nécessairement en termes de probabilité. La certitude – pourtant essentielle en matière pénale – est exclue en la matière¹²¹. Sans entrer ici dans ce débat¹²², retenons surtout que la technique impose, afin d'identifier le propriétaire de l'ADN recueilli, de comparer deux échantillons dont l'un est antérieurement attribué à un individu identifié. Au regard de cette nécessité technique de comparaison, l'efficacité de la preuve ADN n'est assurée que dans deux cas.

Le premier est celui d'une analyse ADN dite directe. Cette dernière consiste en l'expertise de deux échantillons ADN comparés directement entre eux. Ces échantillons ont été recueillis ou prélevés dans le cadre des investigations menées pour la cause ; il n'est donc, dans ce premier cas, pas fait appel aux renseignements contenus dans le FNAEG. En pareille hypothèse, la recherche d'identification du protagoniste n'est que de moindre effet au regard de son intérêt dans l'investigation. Si l'analyse ainsi menée permet de confirmer la présence de l'intéressé sur les lieux de l'infraction, elle n'aura pas permis d'identifier un protagoniste encore inconnu. Ici, puisque son ADN a été prélevé sur sa personne, l'individu est nécessairement à la disposition des enquêteurs et donc connu. L'analyse ADN a donc, dans ce cas, été utilisée à d'autres fins que celle d'identification d'un protagoniste inconnu. Au plus, la diligence entreprise aura permis de confirmer l'implication d'un individu déjà identifié¹²³.

Le second cas d'analyse ADN s'avère plus important en termes d'investigation. Il s'agit de l'hypothèse d'un recueil de trace ADN ne correspondant à aucun protagoniste entendu dans le cadre de l'affaire en cause. Bien que son intérêt aux fins d'investigation soit important, celui-ci demeure soumis à une comparaison. Cette hypothèse impose la disposition d'une base de données répertoriant les codes génétiques d'individus enregistrés. A cette fin, a été créé, et largement développé depuis, le FNAEG¹²⁴. Sans un tel fichier, l'identification d'un protagoniste d'une affaire ne saurait se faire, sauf à ne procéder que par la voie d'une comparaison directe. Une base de données la plus complète possible se présente, à ce titre, comme d'une grande utilité. Les enquêteurs en tireront davantage intérêt dans le cadre de leurs investigations. Selon les plus élémentaires règles de probabilité, plus il y a d'individus

¹²⁰ Il est précisé que 12 *loci* sont, à l'heure actuelle, nécessaires aux fins d'assurer l'identification de la personne.

¹²¹ E. SUIPOT, « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », *RSC* 2015, p. 827.

¹²² Cf. la place de l'ADN dans la phase de jugement, p. 55 et s.

¹²³ Cf. *infra*.

¹²⁴ Cf. III, p. 65 et s.

enregistrés et identifiés, plus les chances de pouvoir identifier une trace, jusque-là inconnue, sont importantes.

Dans le cadre de notre étude, il nous est apparu que la technique de comparaison aux fins d'identification conduit à trois hypothèses différentes en termes d'influence de la preuve ADN dans la phase d'investigation.

D'abord, il est constaté une influence forte lorsque l'échantillon recueilli correspond à un autre déjà fiché et pour lequel l'identité du sujet est enregistrée. Là, l'ADN joue véritablement le rôle déterminant car il est l'élément permettant l'identification d'un protagoniste inconnu. Une fois identifié grâce à l'ADN, l'individu sera recherché, localisé, appréhendé, auditionné voire, le cas échéant, mis en cause.

Ensuite, il est constaté une influence moyenne lorsque l'échantillon recueilli correspond à un second déjà enregistré dans le FNAEG mais pour lequel l'identité du sujet demeure inconnue. Certaines traces ADN sont en effet enregistrées sans pour autant qu'une identité y soit renseignée. Dans ce cas, l'intérêt de la preuve ADN au titre de l'investigation n'est pas nul. Bien qu'elle n'ait pas permis l'identification immédiate de la personne concernée, la preuve ADN a vocation à orienter de nouvelles investigations. Les deux (ou plus) affaires qui ressortent, et qui aux seuls yeux de l'enquêteur n'auraient probablement jamais été mises en relation, seront associées. Ainsi, la preuve ADN permet non seulement d'alimenter l'enquête pour laquelle l'analyse a été effectuée mais peut permettre également de relancer un dossier pour lequel l'absence d'identification des protagonistes avait jusque-là empêché la poursuite des investigations.

Enfin, l'influence de la preuve ADN est faible lorsque l'échantillon recueilli ne correspond à aucune trace déjà fichée. Sous couvert des règles procédurales, le profil génétique mis en lumière sera toutefois enregistré dans le FNAEG (sans renseignement quant à l'identité de l'individu). Au mieux, cette preuve ADN profitera des effets d'autres investigations ultérieurement menées, dans le cadre de l'affaire en cause mais aussi de toute autre affaire future. Toutefois, concernant l'affaire en cause, la preuve ADN n'aura rien apporté aux investigations immédiates. Cette situation motive parfois à faire procéder à des prélèvements et analyses de masse. Sans que l'ensemble des individus ne soit fiché, le prélèvement de masse permet d'effectuer des analyses directes entre la trace non-identifiée et les multiples individus prélevés. Ce type d'investigation, extrêmement rare en pratique du fait de son coût

important, a néanmoins des effets limités dans le cadre des investigations¹²⁵. Les rares fois où il a été procédé à une telle mesure, cette dernière n'a jamais permis d'identifier directement l'individu recherché.

Notre étude permet de confirmer que la preuve ADN n'est donc pas un outil d'investigation absolu. La technique de la comparaison entre deux éléments aux fins de déterminer la probabilité d'identité d'un même sujet limite son efficacité. Face à ce constat, il est tentant de proposer de s'affranchir de l'impératif de comparaison aux fins d'attribuer, à un sujet particulier, l'ADN recueilli sur une scène d'infraction. À ce propos, nos recherches ont abouti à un débat portant sur l'opportunité du « portrait-robot génétique »¹²⁶. Le portrait-robot génétique permet de déterminer les caractéristiques génétiques de l'individu en question. Sans qu'un échantillon témoin ne soit nécessaire afin d'assurer la comparaison, les éléments codants de l'empreinte génétique sont analysés. Ceci permet de déterminer certains caractères morphologiques du sujet. À la suite de nos différentes discussions sur ce thème, il peut être retenu que cette mesure d'investigation présente certains intérêts ; que toutefois, ceux-ci demeurent limités au regard de l'opportunité pratique de cette mesure et de l'atteinte aux droits personnels qu'elle impose.

L'illustration traditionnelle de ce débat reprend les faits ayant donné lieu à l'arrêt rendu, par la Chambre criminelle, en formation de sections réunies, le 25 juin 2014¹²⁷. L'analyse de cette décision témoigne de la gêne des magistrats eux-mêmes à procéder à ce type d'investigation. Rappelons en effet qu'un juge d'instruction avait sollicité un laboratoire d'expertise privé afin que soient extraites « *les données essentielles à partir de l'ADN* » et que soient fournis « *tous les éléments relatifs au caractère morphologique apparent du suspect* ». Cette demande a été émise contre l'avis du ministère public. Elle paraissait toutefois présenter une certaine utilité pour le juge d'instruction dès lors que les faits étaient graves, de nature sexuelle, et que les rapprochements avec les données enregistrées dans le FNAEG étaient restés sans résultat positif. Au regard du sentiment de malaise éprouvé par cette mesure d'investigation, le juge d'instruction lui-même saisit la chambre de l'instruction d'une requête en nullité sur le fondement de l'article 170 du Code de procédure pénale. Contre les réquisitions du procureur général, la chambre de l'instruction confirma l'ordonnance prise par le juge d'instruction. Elle considéra que les articles 16-10 et 16-11 du Code civil « *n'ont pour seule fonction que le*

¹²⁵ Cf. le coût du recueil et de l'exploitation, p. 37.

¹²⁶ Cf. annexe, p. 112.

¹²⁷ Crim., 25 juin 2014, n° 13-87.493 : *Bull. crim.* n° 166 ; *D.* 2014, p. 1453 ; *RSC* 2014, p. 595, note J. DANET ; *Dr. pénal* 2014, comm. 127, note M. VERON ; *AJ pénal* 2014, p. 487, note C. GIRAULT ; *Procédures* 2014, comm. 251, note A.-S. CHAVENT-LECLERE.

respect et la protection du corps humain»¹²⁸ ; que, puisqu'en l'espèce les éléments génétiques analysés s'étaient naturellement détachés du corps humain, l'analyse sollicitée n'était pas contraire aux règles de droit applicables. Si la Chambre criminelle n'a pas fait sienne cette motivation, elle conclut dans le même sens. Alors que l'avocat général près la Cour de cassation insistait dans son avis sur le fait qu'il ne revenait pas à la Cour d'apprécier le point d'équilibre entre l'intérêt de la répression et la protection des droits de la personne, la Cour de cassation jugea que l'examen des caractéristiques d'une personne au sens de l'article 16-10 du Code civil est possible dès lors qu'il a pour finalité l'identification de celle-ci. Les critiques frappant cette décision sont nombreuses¹²⁹. Sans qu'il soit nécessaire de les reprendre dans leur intégralité dans le cadre de la présente étude, l'interprétation analogique de l'article 16-10 du Code civil opérée par les juges est à souligner. Si ce texte réserve l'examen des caractéristiques génétiques aux finalités d'ordre médical et le conditionne à l'information et au consentement de l'intéressé, la Cour de cassation autorise cette mesure lorsqu'elle est nécessaire pour les besoins de l'enquête ou de l'instruction. Partant, il est constaté un glissement entre les dispositions de l'article 16-11 du Code civil et l'article précédent. La dénaturation de l'article 16-10 du Code civil est flagrante, celui-ci ayant vocation à être exclusif de l'article 16-11 dudit code. Au regard de l'atteinte ainsi constatée, tout portait à croire qu'il s'agissait d'une solution d'opportunité prise de manière exceptionnelle par la Cour de cassation considérant que ce moyen d'enquête était absolument nécessaire pour les besoins de l'investigation. Or, tel n'était pas le cas. Le portrait-robot génétique autorisé n'avait finalement permis que de déterminer des informations banales voire incertaines. Il a été précisé, grâce à cette analyse, que le sujet recherché était de sexe masculin, ses yeux de couleur marron foncé, sa peau claire tendance mat et ses cheveux de couleur châtain ou brun/noir tendance foncée. En somme, les informations finalement fournies n'avaient, en l'espèce, aucunement permis d'orienter l'instruction menée. Outre l'absence d'intérêt pratique, le rapport d'expertise lui-même rappelait ses propres limites scientifiques. Il est à noter que de nombreux caractères morphologiques sont multi-génétiques. Par ailleurs, l'environnement alimentaire et social influe directement sur certains critères comme la corpulence, la taille ou le vieillissement.

Au regard de ces différents éléments ici brièvement rappelés, il peut être conclu dans le cadre de notre étude que la notion même de portrait-robot génétique rencontre d'importantes

¹²⁸ Extraits de la décision de la Chambre d'instruction : Lyon, 18 octobre 2013.

¹²⁹ V. not. : J. DANET, « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au « portrait robot génétique » (mais approximatif) est validé », *RSC* 2014, p. 595.

limites. Elles sont d'ordre scientifique, juridique et financier. Ces limites sont à apprécier au regard de l'intérêt faible qu'offre cette mesure d'investigation. Tout au plus pourrait-elle être un préalable à une opération de prélèvements de masse sur une population plus précisément ciblée. Alors qu'une telle mesure est elle-même marquée d'une efficacité limitée, le portrait-robot génétique n'est certainement pas la solution absolue permettant d'assurer l'identification d'un individu inconnu, et ce quand bien même il s'affranchit de la nécessité de comparaison.

En définitive, dans le cadre des investigations, la preuve ADN a vocation à permettre d'identifier des protagonistes inconnus. Ce moyen d'enquête reste toutefois limité en pratique, notamment par les modalités techniques de comparaison. Si certaines réflexions permettent d'envisager des solutions, ces dernières demeurent insatisfaisantes à elles seules. Ainsi, il est à retenir que la preuve ADN est un outil précieux pour l'enquêteur cherchant à identifier les protagonistes ; que néanmoins, cette preuve ne se suffit à elle-même que dans d'exceptionnelles hypothèses. Dans la grande majorité des cas, elle doit être accompagnée d'autres mesures d'investigation, relevant davantage du pragmatisme et de l'art de l'investigation.

2. La preuve ADN face à des protagonistes connus

La seconde hypothèse dans laquelle la preuve ADN joue un rôle en matière d'investigation est celle rencontrée alors que les protagonistes de l'affaire sont déjà connus et identifiés. Cette utilisation de la preuve ADN peut étonner à double égard. D'abord, au regard des textes régissant la matière, la preuve ADN est expressément « *destinée à permettre l'analyse d'identification [de l'] empreinte génétique* »¹³⁰ d'un sujet. Si ce dernier est déjà identifié, un tel moyen d'enquête paraît, de prime abord, inutile voire illégal. Ensuite, au regard de l'efficacité de cet acte d'investigation, son utilité doit être mesurée vis-à-vis de son coût. En effet, alors que tous les protagonistes de l'affaire sont identifiés, quelles raisons animent les enquêteurs qui sollicitent une analyse ADN ?

L'utilisation de l'ADN comme moyen d'enquête alors que les protagonistes sont connus n'apparaît avoir une influence moindre sur l'investigation que lorsque les protagonistes sont à identifier. Il s'agit pourtant de l'hypothèse la plus courante en pratique. Notre étude a permis de démontrer que 70 à 80 % des cas d'utilisation de la preuve ADN l'ont été alors que les protagonistes de l'affaire étaient d'ores et déjà identifiés. L'importance de ce chiffre nous a

¹³⁰ Art. 706-56, C. proc. pén.

conduits à rechercher les causes de cette pratique. Au terme de notre étude, deux raisons peuvent être mises en évidence. D'abord, une telle investigation est diligentée afin d'alimenter le faisceau d'indices (a) ; ensuite, elle est assurée afin de ficher certains protagonistes concernés par l'affaire et dont il est opportun de conserver une identité génétique (b).

a. L'alimentation du faisceau d'indices

Quand bien même les protagonistes de l'affaire sont connus, l'expertise génétique est souvent réalisée dans le cadre des investigations afin d'alimenter le faisceau d'indices. La preuve ADN permet à ce titre, non plus d'identifier les protagonistes, mais de compléter le dossier d'investigation et de procéder à la recherche de la vérité. Deux situations se rencontrent.

D'abord, la preuve ADN peut permettre d'établir la réalité des faits. Ce moyen d'investigation est utilisé comme un élément objectif qui peut être opposé aux différents protagonistes entendus. Par exemple, alors qu'une personne suspectée de viol affirme dans le cadre de ses premières auditions n'avoir jamais eu la moindre relation sexuelle avec la victime, le fait d'avoir (ou de ne pas avoir) trouvé des traces ADN appartenant au suspect sur cette dernière s'avère être un élément d'investigation d'une certaine importance. Lorsque les déclarations du suspect s'opposent à celles de la victime, le juge arbitrera les débats en s'appuyant sur la trace ADN recueillie. À ce titre, le lieu de recueil des traces et plus généralement, toutes les modalités techniques, sont des informations essentielles dont il convient de tenir compte. Pour poursuivre à l'aide de notre illustration, l'influence l'ADN dans le cadre de l'investigation sera différemment appréciée selon que la trace a été recueillie dans la pièce où a eu lieu la supposée agression, sur les habits de la victime ou sur le corps de celle-ci. L'analyse de la scène de l'infraction est un élément essentiel de l'enquête. Celle-ci se réalise en tenant compte des éléments visibles mais aussi, grâce à l'ADN, en fonction des éléments invisibles. Encore une fois, la preuve ADN dans le cadre des investigations est essentielle. Elle ne doit être avancée par les enquêteurs ni trop tôt ni trop tard. L'importance donnée à ce type de moyen d'investigation est à retenir, alors même qu'il ne s'agit en rien d'identifier un individu. Néanmoins, il a pu être perçu dans le cadre de notre étude, une différence sur ce point entre la matière criminelle et la matière délictuelle. En matière criminelle, compléter le faisceau d'indices avec une preuve ADN, n'est pas exceptionnel. L'utilisation massive de la preuve ADN à d'autres fins que d'identification des protagonistes en matière criminelle s'explique certes par l'importance des faits en cause. Il ne s'agit toutefois pas de la seule raison. L'aspect psychologique donné à ce moyen de preuve à produire devant un jury populaire est à prendre

en compte. La preuve ADN convainc efficacement le peuple qui se forge, fort de ces éléments scientifiques, son intime conviction. Alors que ce point sera ultérieurement développé¹³¹, il peut être retenu qu'en matière criminelle, alors que la preuve ADN est très rarement à l'origine de l'identification de la personne mise en cause, elle est largement recherchée afin d'alimenter le faisceau d'indices.

Ensuite, plus surprenant peut-être, il est à noter des cas où il est procédé à des analyses ADN alors que les protagonistes sont connus et que les faits sont parfaitement établis. En effet, pour les infractions de nature sexuelle, la preuve ADN est recherchée alors que l'apport supplémentaire au titre de l'investigation est quasiment nul. L'efficacité de la preuve ADN n'est donc pas toujours prise en compte dans le cadre des investigations pénales. Cette particularité peut être expliquée au regard des faits dont il est question. La matérialité des infractions de nature sexuelle doit être assurément établie au cours de l'investigation, et ce, alors que les traces visibles sont peu nombreuses. Puisque le procès est perçu comme une nouvelle épreuve pour la victime, cette dernière doit être soutenue par, notamment, la preuve de la réalité des actes qu'elle dit avoir subi. En alimentant un peu plus encore – même si de manière surabondante – le faisceau d'indices, la preuve ADN joue un rôle de soutien de l'accusation lorsqu'elle confirme la matérialité des actes. Comme il le sera ultérieurement développé¹³², le débat contradictoire se tiendra alors davantage sur d'autres éléments imposés aux fins d'entrer en voie de condamnation de ce type de chef, et notamment le consentement. Rappelons également que le FNAEG a été initialement mis en place pour permettre d'assurer les investigations en matière d'infraction de nature sexuelle. Ce type d'infractions, graves¹³³, est le socle originel du système actuel de l'analyse ADN. Dans le cadre de notre étude, il a été constaté une quasi-automaticité de l'analyse ADN dans les affaires de viols et autres agressions sexuelles, dès lors que telles traces ont été recueillies sur les lieux de l'infraction ou sur la victime.

Bien que les protagonistes de l'affaire soient connus, la preuve ADN est sollicitée car elle permet d'alimenter le faisceau d'indices. Elle complète ainsi, même si parfois de manière

¹³¹ Cf. *infra*.

¹³² Cf. *infra*.

¹³³ Rappelons que, selon les derniers chiffres publiés par l'Observatoire national des violences faites aux femmes (nov. 2016), sur une année (2015) 62 000 femmes et 2 700 hommes déclarent avoir été victimes de viols de tentatives de viols. Sur la même année, 553 000 femmes et 185 000 hommes déclarent avoir été victimes d'au moins une agression sexuelle autre que le viol. Parallèlement, sur la même année (2015) 35 000 victimes de violences sexuelles (dont 13 730 victimes de viols ou tentatives de viols) ont été déposées plaintes ; 5 716 personnes ont été condamnées pour viols et autres agressions sexuelles. Chiffres disponibles via : < <http://stop-violences-femmes.gouv.fr/No10-Les-viols-tentatives-de-viol.html> >.

surabondante, le dossier préparatoire à la phase de jugement. Plus que de permettre d'établir la réalité des faits, l'utilisation de ce moyen d'enquête s'explique par l'influence psychologique d'une telle preuve scientifique à l'égard de la victime d'une part et du jury populaire d'autre part. Il apparaît, en outre, qu'un second intérêt se présente quant à l'utilisation de preuve ADN quand bien même l'identification des protagonistes ait été antérieurement établie. Il s'agit de permettre le fichage des individus concernés.

b. Le fichage des protagonistes

Le second intérêt à procéder à l'analyse de l'ADN alors que tous les protagonistes de l'affaire sont connus concerne l'alimentation du FNAEG. Il a précédemment été rappelé que l'efficacité de la preuve ADN dans le cadre d'une investigation est, en l'état, directement conditionnée à la comparaison avec un autre échantillon enregistré. Or, plus il y a d'éléments avec lesquels la comparaison est effectuée, plus les chances de succès de la recherche sont importantes. Dans le cadre de notre étude, il a pu être constaté 79 affaires donnant réellement lieu à un prélèvement (47 en matière délictuelle et 32 en matière criminelle), sans qu'il ne soit possible de déterminer dans quel but il a été décidé (aux seules fins du fichage)¹³⁴.

Précisons que cette mesure d'investigation n'apporte rien pour l'investigation en cause. Le fichage des protagonistes identifiés dans une affaire présente un intérêt pour d'autres affaires. Que ces affaires soient antérieures ou postérieures, l'enregistrement des données génétiques d'un individu connu dans un dossier A peut s'avérer être d'un intérêt majeur pour un dossier B dans lequel le protagoniste demeurerait inconnu¹³⁵. À ce titre, il existe un intérêt à procéder à l'analyse de l'ADN aux fins d'enregistrement au FNAEG. La personne est à la disposition de la justice, elle ne peut faire preuve de mauvaise foi et tous les éléments à renseigner au sein du fichier sont connus des enquêteurs. Outre l'empreinte génétique de l'individu, son nom, son prénom et sa filiation seront des éléments qui pourront utilement et précisément être renseignés. L'alimentation du FNAEG est d'autant plus utile lorsque l'identité de la personne est en tout point confirmée¹³⁶. Aussi, cet enregistrement – pour une durée de 40 ans concernant les condamnés¹³⁷ – peut avoir un effet positif en matière de lutte contre la récidive. L'auteur d'une infraction sait que, parce que condamné, son empreinte est enregistrée dans le FNAEG ; qu'en cas de réitération, et si la moindre trace de son ADN est retrouvée sur les

¹³⁴ Cf. *infra*, une alimentation incertaine, p. 75.

¹³⁵ Cf. *supra*.

¹³⁶ Il n'y a en revanche aucune interconnexion entre fichiers, tout particulièrement avec le FAED.

¹³⁷ Cf. les durées de conservation des données, p. 81.

lieux de cette nouvelle infraction, son identité sera rapidement portée à la connaissance des enquêteurs qui ne manqueront pas de le mettre en cause.

À ne retenir que l'intérêt au regard de l'efficacité des investigations pénales menées, le plus large fichage apparaît comme une évidence. Ainsi s'explique peut-être le développement de la liste d'infractions, énoncées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale, permettant l'enregistrement de l'empreinte génétique au FNAEG. Au regard de cette situation, notre étude nous a amenés à nous questionner sur l'opportunité d'un fichage de l'ensemble de la population¹³⁸. Si tous – ou presque – les individus étaient fichés, les recherches seraient simplifiées. Bien entendu, une telle préconisation ne paraît ni réalisable ni à réaliser. L'atteinte aux libertés individuelles que causerait ce fichage de masse ne saurait être cautionnée¹³⁹. Sans qu'il soit nécessaire de développer l'aspect théorique de cette remarque, nous confirmerons celle-ci au regard de l'opportunité pratique de cette idée. Au terme de notre étude, il apparaît que le fichage de l'ensemble de la population ne présenterait finalement que peu d'intérêt pratique¹⁴⁰. Il ne serait utile qu'en matière d'identification de quelques très exceptionnelles affaires pour lesquelles une trace ADN a été retrouvée sur les lieux sans que son propriétaire ne soit identifié par d'autres moyens plus immédiats. De plus, satisfaire cette recherche ne signifierait pas pour autant identifier l'auteur des faits. Peut-être que dans certaines de ces rares affaires, néanmoins médiatisées au regard du caractère injuste de l'impunité de fait constatée, l'absence d'identification de trace ADN s'explique par le fait que le propriétaire de celle-ci est totalement indifférent à l'infraction. Il n'a donc, de ce fait, jamais été approché par le moindre enquêteur et n'a subi aucun prélèvement ADN aux fins de comparaison avec la trace inconnue. Le fichage de masse est, au regard de ces éléments mis en lumière dans le cadre de nos débats, considéré comme étant une mesure inefficace.

Pour conclure cette première analyse relative à la phase d'investigation, il est à retenir que la preuve ADN se présente comme un moyen d'action efficace. Il est, dès lors, régulièrement mis en œuvre par les enquêteurs, notamment dans le cadre des affaires présentant une certaine gravité. Toutefois, cet outil doit, le plus souvent, être combiné avec d'autres mesures d'enquête pour être pleinement efficace. Son influence est en effet plus ou moins importante en fonction des faits et des recherches pour lesquelles il est utilisé. À l'instar de tout autre moyen d'investigation, il est à utiliser de manière raisonnée par les enquêteurs afin qu'ils

¹³⁸ Cf. annexe, p. 112.

¹³⁹ Cf. consultation *versus* vie privée, p. 80.

¹⁴⁰ Cf. les difficultés techniques, p. 84 : les résultats de notre étude démontrent d'ailleurs que sur les 401 de notre base de données, dans seulement 23 dossiers figurait la mention d'une consultation du fichier préalable au prélèvement.

puissent en tirer un profit maximum. Ainsi sera effectuée la phase d'investigation, préalable à la phase de jugement au sein de laquelle l'ADN produit une influence que nous étudierons dans un second temps.

B. La place de l'ADN dans la phase de jugement

Est-ce que l'utilisation de la génétique altère le principe de la liberté de la preuve ? Si la valeur probante des éléments de preuve est parfois légalement déterminée, comme c'est majoritairement le cas en matière civile, en matière pénale, il n'y a pas de force probante déterminée pour tel ou tel élément de preuve¹⁴¹. Ainsi les infractions peuvent être établies par tout moyen et le juge est libre d'en apprécier la force. Il en est de même pour les jurés en matière criminelle, dont la décision doit également être guidée par l'intime conviction¹⁴². Aussi, les conclusions qui doivent être tirées du travail de l'expert, en général, et de l'expertise génétique en particulier, relèvent de l'office du juge et de son intime conviction¹⁴³. Celle-ci n'est pas définie par les textes, le concept est donc principalement développé par la doctrine et deux thèses s'opposent quant à son essence. La première de ces thèses consiste à affirmer que l'intime conviction s'entend d'une certitude¹⁴⁴ et la seconde, majoritairement soutenue par la doctrine, que l'intime conviction relève du critère de la vraisemblance¹⁴⁵. Les vraisemblances ou les probabilités permettent aux juges de se rapprocher de la vérité matérielle, objective, qu'il est impossible d'atteindre dans le procès¹⁴⁶.

Pour parvenir à prendre une décision, le juge, puisqu'il ne peut commettre un déni de justice ni ne peut recourir à un raisonnement arbitraire¹⁴⁷, procède à une « *évaluation analytique et soigneuse des faits et des preuves* »¹⁴⁸, laquelle consiste à « *isoler dans un dossier « les meilleurs preuves »* »¹⁴⁹. Cette opération constitue le raisonnement probatoire. Les éléments

¹⁴¹ L'article 427 du Code de procédure pénale affirme le principe de liberté de la preuve en matière pénale.

¹⁴² Art. 353, C. proc. pén.

¹⁴³ F. DELABNO, « Utilisation de l'expertise », in *Droit de l'expertise*, T. MOUSSA (dir.), Dalloz action, chap. 351, n° 351.11.

¹⁴⁴ C'est notamment l'idée développée par F. GENY lorsqu'il affirme que les éléments de faits « *se transforment sous la pression des préceptes, en situations juridiques reconnues, il faut qu'ils soient certains ou tenus pour tels* », F. Geny, *Sciences et techniques en droit privé positif*, T. III, n° 231. C'est également la position défendue par J-D. Bredin, dans un article : J.-D. BREDIN, « Le doute et l'intime conviction », *Droits*, 1996, n° 23, p. 21.

¹⁴⁵ Pour un développement sur les deux théories relatives à la conception de l'intime conviction, cf. E. VERGES, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, coll. Thémis droit, PUF, 2015, n° 421 et s.

¹⁴⁶ *Ibidem*, n° 422.

¹⁴⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. II, Cujas, 1967 : Messieurs R. Merle et A. Vitu reprenant l'idée de F. Gorphe et soulignent particulièrement le fait que « *la liberté d'appréciation ne pas doit s'entendre comme un arbitraire complet, chez le juge, dans son examen des preuves : l'intime conviction ne le dispense pas d'une méthode logique dans l'évaluation des éléments probatoires qu'on lui soumet* ».

¹⁴⁸ A. BERARDI, *Giudice i testimoni*, Detken et Rocholl, 1909, p. 179.

¹⁴⁹ R. LEGEAS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, Paris, LGDJ, 1955.

de preuve, versés à un dossier, forment le faisceau d'indices, ces derniers doivent permettre au juge et aux jurés en matière criminelle de passer au-delà du doute raisonnable¹⁵⁰, puisque le doute profite à l'accusé¹⁵¹. Aussi, en l'absence de détermination légale de la force probante, il s'agira de construire grâce au faisceau d'indices une vérité admissible. Cela appelle à un « travail préliminaire de réflexion et de raisonnement (...) même si sa décision ne doit pas être motivée, comme c'est le cas aux assises »¹⁵². Or, le raisonnement probatoire n'est jamais explicite et l'on n'en trouve aucune trace dans les dossiers et les motivations des décisions en matière correctionnelle et criminelle¹⁵³. Certains auteurs ont toutefois tenté d'expliquer voire de systématiser les méthodes d'appréciation des preuves. Bien qu'en France la littérature ne soit pas abondante, on connaît traditionnellement deux méthodes de raisonnement probatoire : La méthode logique et la méthode argumentative. La méthode logique, héritage de Descartes, repose sur la méthode de l'inférence qui consiste à déduire l'existence d'un fait (la conséquence) d'un autre fait, considéré comme vrai (la prémisse). Cette méthode révèle de véritables limites puisqu'elle repose sur un élément dont la fiabilité est absolue, ce qui interdit de porter sur la prémisse tout jugement de valeur. La méthode argumentative, qui emporte adhésion au sein de la doctrine, est notamment développée par C. Perelman. Elle consiste à analyser le raisonnement probatoire non pas comme un raisonnement purement cartésien mais comme une méthode qui repose sur une prémisse contestable et pouvant emporter plusieurs conséquences ou donner lieu à plusieurs hypothèses¹⁵⁴. Le juge devra alors choisir le scénario le plus vraisemblable¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Il s'agit de la traduction littérale de l'expression « *beyond reasonable doubt* », qui exprime dans les systèmes du *common law*, l'idée que nous connaissons également en droit français au travers de l'adage *In dubio pro reo*. L'intime conviction doit l'emporter sur le doute sans pour autant exclure le moindre doute.

¹⁵¹ Dans le rapport 2012 de la Cour de cassation il est rappelé que « le bénéfice du doute est la conséquence opérationnelle de l'impossibilité, pour qui en a la charge, d'apporter la preuve de l'élément matériel ou de l'élément moral de l'infraction et d'emporter ainsi la conviction du juge répressif. L'innocence, n'est plus seulement présomption, mais devient vérité judiciaire. Puisque la preuve n'est pas faite de la culpabilité, la preuve est réputée faite de l'innocence ».

¹⁵² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 1967, n° 804.

¹⁵³ Il faut préciser que la motivation des arrêts de la Cour d'assises est obligatoire depuis une loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs. Désormais une « feuille de motivation » annexée à la feuille des questions, énonce les « principales raisons, qui pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises ». Il ne s'agit toutefois que d'un listing des preuves à charge ayant convaincues les juges et le jury, ainsi le raisonnement probatoire et le lien entre les éléments de preuve ne sont toujours pas expliqués ce qui a donné lieu à des recours devant la CEDH (Cour EDH 10 janv. 2013, Agnelet c/ France, n° 61198/08 ; Cour EDH 10 janv. 2013, Legillon c/ France, n° 53406/10), qui confirme la conformité de cette « obligation minimale » au regard de l'article 6 § 1er de la Conv. EDH (droit à un procès équitable).

¹⁵⁴ C. PERELMAN, « La spécificité de la preuve juridique », in *La preuve, Recueil de la société Jean Bodin*, 4^e partie, 1963.

¹⁵⁵ E. VERGES, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, coll. Thémis droit, PUF, 2015, n° 432.

Les différentes recherches sur le sujet démontrent en effet que les juges du siège se basent sur des critères multiples : fiabilité des témoignages et des rapports d'expertises, état psychologique du mis en cause au moment des aveux. Certains de ces éléments sont, par nature, subjectifs et peuvent faire l'objet de contre-expertise, parfois systématiques¹⁵⁶. Toutefois la preuve ADN a renforcé l'idée que « *le juriste disposerait aujourd'hui d'instruments qui lui permettraient de passer de la vraisemblance à la vérité scientifique, et de la vérité scientifique à la vérité judiciaire, accédant ainsi à l'illusion confortable de la certitude* »¹⁵⁷. On pourrait alors affirmer que l'expertise ADN impose un raisonnement cartésien, une méthode logique, puisqu'il s'agit d'un élément tenu pour vrai, au moins scientifiquement. Cela aurait pour conséquence de gommer la frontière entre l'office du juge et le travail de l'expert, ce qui accroît considérablement le « *risque d'un gouvernement des experts* »¹⁵⁸.

L'un des enjeux de cette étude empirique était notamment de savoir si ce glissement se vérifiait dans la pratique et si le raisonnement probatoire se construisait désormais autour de la preuve ADN. Nous formulions, à l'origine de cette étude empirique, certaines questions en ce sens : La preuve ADN permet-elle au juge d'acquiescer des certitudes ? Détermine-t-elle sa décision ? La « *dictature de la science* » est-elle advenue ? Au vu des résultats produits il faut répondre par la négative : l'élément de preuve issu de l'empreinte ADN ne détermine que de manière très anecdotique la décision du juge (et des jurés en matière criminelle) (1) mais son exploitation s'explique par son caractère incontestable, ce qui permet d'affirmer qu'elle est d'une part, un élément purement procédural et d'autre part, qu'elle ne sert pas la recherche de la vérité mais le besoin de légitimer la décision pénale aux yeux des justiciables et de la société civile (2).

1. Un élément non prépondérant

Bien qu'il soit difficile de mesurer l'impact réel de la preuve ADN dans la décision du juge, il faut constater certaines constantes qui sont fonction de l'infraction poursuivie. L'étude réalisée a permis de mettre en évidence des différences dans la prise en compte de l'expertise ADN en matière correctionnelle et en matière criminelle. Tandis que dans le jugement

¹⁵⁶ C'est notamment le cas des expertises psychiatriques et psychologiques.

¹⁵⁷ G. CANIVET, « Introduction », in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, n° 5, p. 668.

¹⁵⁸ L. DUMOULIN, « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Dr. et société*, 2000, n° 44-45, p. 222. B. PY, « Expert, un métier, une fonction, une adulation ? », *Médecine & Droit* 2013, pp. 53-56.

correctionnel la preuve ADN est presque totalement absente (a), elle tient une place plus importante lors du procès criminel sans toutefois être un élément déterminant de la décision des jurés et des juges du siège (b).

a. Un élément absent du jugement correctionnel

Si le nombre d'affaires dans lesquelles l'ADN a permis d'identifier un suspect ou de confirmer la présence sur les lieux d'une personne suspectée¹⁵⁹ est relativement faible¹⁶⁰, les hypothèses dans lesquelles elle constitue simplement un indice supplémentaire (sans lien avec l'identification d'un suspect) sont rares.

En effet, les résultats de la collecte et de l'analyse que nous avons effectuées permettent d'affirmer que, s'agissant des affaires délictuelles ayant fait l'objet d'une instruction, la preuve ADN n'est que très rarement un élément retenu par le juge d'instruction, que ce soit à charge ou à décharge. Sur 319 affaires correctionnelles, une seule présente l'hypothèse dans laquelle la preuve ADN est un élément significatif du jugement. Que peut-on déduire de cette affaire au regard du raisonnement probatoire ? Et que peut-on déduire du fait qu'une seule affaire soit concernée ?

Pour répondre à la première question il faut rappeler les faits de l'espèce : des époux avaient provoqué un accident de la route alors qu'ils se battaient violemment dans leur véhicule. L'épouse qui prétendait être au volant, affirmait que son conjoint l'avait poignardée à plusieurs reprises avant de tirer le frein à main du véhicule, provoquant l'accident. Cette version des faits était contestée par l'époux. Une analyse ADN à laquelle avait été adjointe une morpho-analyse des traces de sang, avait permis de corroborer la version de l'épouse.

Si cette affaire est assez banale, elle permet néanmoins de remarquer deux choses : l'élément ADN n'a d'importance que parce qu'il est examiné au regard d'une autre expertise (il vient confirmer l'identité de la personne blessée et la place de celle-ci dans le véhicule (conducteur du véhicule)). Ensuite, cet élément n'est pris en compte que parce qu'il vient appuyer l'une des versions. Ainsi, l'appréciation des éléments de preuve par les juges du fond, fait écho à un entretien effectué avec un magistrat du siège. Celui-ci expliquait que l'apport de la preuve ADN n'était jamais général mais dépendait de l'infraction ou de « *contextes spécifiques* ». Il ajoute que le recours aux caractéristiques génétiques concerne particulièrement certains domaines infractionnels que sont les mœurs, les vols et les violences. Par « *contextes*

¹⁵⁹ Ce qui permet d'orienter les recherches et constitue un élément à charge supplémentaire puisque l'ADN trouvé sur le lieu de l'infraction viendra corroborer d'autres indices attestant de la présence de l'individu.

¹⁶⁰ Sur l'ensemble du panel exploité, l'ADN n'a permis l'identification de l'auteur que dans 13 affaires.

spécifiques » on peut comprendre qu'il s'agit des circonstances de faits. Dans l'affaire que nous évoquons, puisque deux versions des faits se contredisaient, les expertises devaient aider à savoir laquelle se rapprochait le plus de la réalité, laquelle était la plus probable. Cela renvoie à la méthode argumentative développée en amont. Le magistrat nous précise d'ailleurs qu'il accorde plus de crédit aux preuves scientifiques en générale¹⁶¹ qu'aux expertises de personnalités ou aux témoignages. Les premières doivent donc permettre d'accréditer les seconds. Si la vérité scientifique vient attester une vérité subjective le juge pourra se forger une conviction et énoncer la vérité judiciaire.

Cette affaire est donc une illustration des hypothèses dans lesquelles la preuve ADN prend sens dans l'ensemble des éléments présentés au juge du siège mais elle est surtout significative de par son caractère isolé. Cela démontre, ainsi que l'affirmait le Vice-président du TGI de Nancy, que la matière correctionnelle n'est pas celle dans laquelle la preuve ADN a le plus d'impact au stade du jugement.

Du point de vue procédural, cela tient notamment au fait, selon lui, que c'est le Procureur de la République qui explique les éléments de l'expertise en matière correctionnelle. Bien souvent celui-ci n'est pas en mesure de répondre aux interrogations techniques. Certains éléments sont donc logiquement écartés et le jugement sera rendu sans en tenir compte. La nécessaire célérité, le contrôle des coûts, l'absence de débat ainsi que l'exigence de motivation¹⁶² du procès correctionnel expliquent que l'on ne puisse tenir compte que des éléments dont l'apport est évident pour celui qui n'est pas expert. Cet apport potentiel est évalué en amont par le procureur et les autres acteurs de la procédure. Cela confirme qu'en matière délictuelle, l'expertise ADN est principalement utile pour orienter l'enquête¹⁶³.

¹⁶¹ Elles ont toutes la même valeur dès lors qu'il existe une certitude quant à la qualité des prélèvements.

¹⁶² J. Boré et L. Boré expliquent sur ce point qu'« *après avoir énoncé les éléments de preuve qu'il tient pour décisifs, le juge du fond ne saurait affirmer l'existence d'un doute et prononcer la relaxe du prévenu, sans justifier cette affirmation. Spécialement lorsqu'il écarte un aveu, enregistré dans un procès-verbal faisant foi jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire, le juge doit indiquer les motifs qui justifient sa décision. Cette obligation de motiver a elle-même ses limites et les décisions en matière pénale peuvent être relativement brèves. Ainsi les juges du fond, qui apprécient souverainement les témoignages, n'ont pas à rendre compte des éléments de conviction dont ils ont fait dépendre la preuve des faits qui leur sont déférés. Mais ces règles relatives à l'obligation de motiver vont bien au-delà des règles de la preuve et recouvrent l'ensemble des éléments du procès pénal. Et elles constituent, à ce titre, un cas d'ouverture à cassation d'une grande importance pratique (...)* » (J. BORE et L. BORE, « Violation des règles concernant l'appréciation de la force probante », in *La cassation en matière pénale*, Dalloz action, 2011, n° 74).

¹⁶³ Cf. la place de l'ADN dans la phase d'investigation, p. 42 et s.

b. Un élément non déterminant dans le verdict criminel

Depuis deux décennies les médias ont forgé une image particulièrement flatteuse de la preuve ADN dans le procès d'assises. Elle est présentée comme la preuve infaillible, l'élément déterminant parmi tous les autres. Cette représentation intéresse directement notre propos puisqu'elle suppose que les juges du siège et les jurés d'assises accordent plus de valeur à la preuve ADN qu'aux autres modes de preuve. Dans l'imaginaire collectif la preuve ADN, lorsqu'elle est scientifiquement indiscutable, ne pourrait avoir qu'une seule conséquence : l'ADN de tel personne a été trouvée sur l'arme du crime, c'est donc cette personne qui a commis l'infraction. La preuve ADN, qui ne pourrait souffrir aucune interprétation, permettrait un raisonnement logique¹⁶⁴. Or, l'étude menée sur les affaires criminelles de Meurthe-et-Moselle en montre un tout autre visage.

Avant de tirer les conclusions de notre étude il est essentiel de préciser que l'on ne trouve aucune indication sur l'analyse des preuves par la Cour et le jury dans les arrêts de la cour d'assises. Cela s'explique d'abord par le fait que la loi ne prescrit pas d'expliquer les moyens par lesquels la Cour et le jury ont été convaincus ni les raisonnements qui les ont conduits à cette conviction. En ce sens l'article 353 du Code de procédure pénale dispose : « *Avant que la cour d'assises se retire, le président donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères, dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations :*

« Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : " Avez-vous une intime conviction ? " ». Cette absence de motivation complique toute tentative d'examen du raisonnement probatoire en matière criminelle. Notre étude a toutefois permis de dégager certaines constantes quant à la valeur accordée à la preuve ADN dans une grande partie des procès d'assises.

¹⁶⁴ Un raisonnement dont la preuve ADN est la prémisse, vérité absolue, et qui ne peut avoir qu'une seule conséquence.

Dans les 82 affaires criminelles étudiées dans le cadre de la recherche il apparaît que l'ADN a permis l'identification d'un suspect, ensuite mis en cause, dans 2 affaires ; dans 18 affaires l'élément ADN a enrichi le faisceau d'indices sans être à l'origine de l'identification du mis en cause.

S'agissant des 2 affaires dans lesquelles l'ADN a permis l'identification du mis en cause grâce à une correspondance dans le FNAEG, l'élément ADN était le seul indice attestant de leur présence sur les lieux de l'infraction mais l'on constate que dans un cas le profil de la victime (il s'agissait d'une personne âgée qui n'avait aucun lien avec le mis en cause) avait contribué à convaincre la Cour et le jury. Dans l'autre affaire, le mis en cause avait avoué les faits. Cela conforte l'idée selon laquelle la preuve ADN n'est jamais une preuve absolue, elle doit être confrontée à d'autres éléments car, comme le rappelle A. BLANC, ancien Président de la Cour d'Assises à Paris : « *L'ADN identifié sur une scène de crime ne prouve qu'une chose : que le support sur lequel il a été identifié fait présumer la présence de l'intéressé à un instant T sur les lieux* »¹⁶⁵. Le raisonnement probatoire n'est donc jamais un raisonnement purement logique, dans lequel la prémisse (la présence de l'ADN) aurait pour unique conséquence la commission de l'infraction par la personne identifiée. En effet à partir du seul élément ADN, il est toujours possible d'imaginer plusieurs scénarii.

Concernant les 18 affaires dans lesquelles l'élément ADN a enrichi le faisceau d'indices, certaines sont particulièrement remarquables en ce qu'elles permettent d'affirmer que la valeur probante de l'expertise dépend entièrement des autres éléments de preuve car, si l'expertise ADN n'est pas contestable quant à sa validité scientifique, elle ne permet pas de démontrer la matérialité de l'infraction. Sur les 18 affaires criminelles, 13 concernent des viols, dans 9 de ces affaires du sperme est retrouvé sur les victimes ce qui confirme la relation sexuelle entre le mis en cause et la victime. Toutefois, cela ne peut jamais suffire à démontrer la culpabilité de l'accusé. Dans la majorité de ces affaires les mis en cause avaient prétendu que la relation était consentie c'est pourquoi d'autres expertises (psychologiques ou gynécologiques) étaient systématiquement demandées afin de démontrer que le rapport avait eu lieu par surprise, sous la contrainte ou avec des menaces ou des violences.

Il n'existe qu'une hypothèse dans laquelle il est possible de déduire l'infraction de la seule présence de l'ADN du mis en cause dans le vagin de la victime¹⁶⁶. C'est le cas lorsque l'ADN

¹⁶⁵ A. BLANC, « La preuve aux assises : entre formalisme et oralité, la formation de l'intime conviction », *AJ pén.* 2005, p. 271.

¹⁶⁶ Bien que notre étude n'ait pas permis de mettre en exergue une telle hypothèse nous pensons qu'elle mérite d'être brièvement développée.

d'un majeur est trouvé dans le vagin d'un mineur de moins de 15 ans. Si cela ne peut suffire à caractériser le viol, puisqu'il faut que tous les éléments soient établis (violence, contrainte ou surprise ne peuvent être présumées du seul fait de l'âge de la victime¹⁶⁷), néanmoins les relations sexuelles avec un mineur de quinze ans constituent une atteinte sexuelle incriminée à l'article 227-25 du Code pénal. En effet, puisque le mineur ne peut consentir, la présence de l'ADN dans le corps de la victime (la prémisse) ne pourra aboutir qu'à un seul résultat : La caractérisation d'une infraction. La qualification pénale définitive dépendra des autres éléments probatoires.

Ces quelques remarques sont essentielles dans la mesure où les affaires de viols représentent 46,5% des affaires criminelles entrant dans notre champ d'étude. C'est donc le domaine infractionnel dans lequel l'élément ADN est le plus exploité sans pour autant que son impact sur le raisonnement probatoire soit déterminant. S'il ne fait aucun doute que la preuve ADN est un élément de preuve parmi d'autres et que le raisonnement probatoire ne se construit pas autour de cette seule preuve, il est par ailleurs évident qu'elle a une fonction dans le procès pénal.

2. Un élément symbolique de la décision

Affirmer que l'expertise ADN constitue un élément symbolique de la décision peut sembler bien téméraire. Elle possède toutefois une fonction implicite (2) qui est la conséquence du caractère scientifique de cette preuve (1).

a. Une vérité scientifique incontestée

Ainsi que nous l'avons expliqué dans les développements qui précèdent, l'empreinte génétique n'a pas d'impact majeur sur le raisonnement probatoire et ne constitue pas le point nodal de la réflexion de la Cour et du jury. Il est alors important de réinterroger sa valeur dans le procès pénal. L'expertise ADN présente-t-elle un intérêt suffisant, dès lors que d'autres éléments peuvent permettre aux juges de se forger une conviction, au vu des coûts qu'elle génère ? S'il est certain qu'elle présente des vertus au stade de l'enquête, quel pourrait-être son rôle au moment du procès si ce n'est pas celui de dévoiler la réalité des faits ? L'absence de contre-expertise ADN dans l'ensemble des dossiers traités dans le cadre de notre étude amène à formuler l'idée que l'élément ADN est utile dans le procès pénal du fait de son caractère incontestable. Ce que confirme un magistrat du parquet interrogé lorsqu'il affirme

¹⁶⁷ Crim. 1^{er} mars 1995, *Bull.* n° 92 ; *Dr. pénal* 1995, comm. 171.

que l'ADN est une « assurance » dans le dossier pénal. La vérité scientifique qu'il donne à voir devra nécessairement être combattue sur un autre terrain.

Si l'ADN d'un individu est trouvé sur le lieu de l'infraction et que celui-ci est mis en examen, il devra s'expliquer sur la présence de son ADN sur le support en question. Or, lorsque la qualité de l'expertise est suffisante, il faudra se positionner sur un autre terrain : Trouver une explication vraisemblable à la présence de l'empreinte ADN, fournir des témoignages, convaincre que cette présence peut être fortuite. La fiabilité scientifique de la preuve ADN occasionne un déplacement de la charge probatoire mais réduit considérablement, dans la majorité des cas, la possibilité d'en contester la validité scientifique. Cela s'avère encore plus difficile pour le mis en cause lorsque d'autres éléments viennent appuyer la thèse de l'accusation.

Les affaires de viols traitées dans le cadre de notre étude illustrent parfaitement cette idée. Dans la plupart des affaires de viols analysées au cours de l'étude, le mis en cause reconnaissait avoir eu une relation sexuelle avec la victime mais affirmait que celle-ci était consentie. Ce n'est donc pas la vérité scientifique (réalité factuelle) qui est contestée par les mis en cause et les avocats de la défense mais le contexte de la présence de l'ADN (qualification juridique). On peut donc affirmer que, si l'élément ADN n'a pas d'impact sur le raisonnement probatoire il a un impact sur la répartition de la charge probatoire, d'ailleurs A. Blanc souligne que « *s'opère alors une sorte de renversement de la charge de la preuve* »¹⁶⁸.

La preuve ADN peut donc être perçue comme un élément procédural plus qu'un élément probatoire, figure de stabilité dans un espace (celui du procès) où se rencontrent et se confrontent plusieurs vérités, souvent relatives. Cela se confirme notamment par le fait que dans de nombreuses affaires l'expertise ADN n'est pas versée au dossier dès lors que sa fiabilité peut être mise en doute ou que les probabilités de correspondances sont trop faibles.

Outre le fait qu'elle représente une vérité incontestée et incontestable, l'empreinte génétique est surtout un outil de légitimation de la décision judiciaire.

b. Une vérité judiciaire légitimée

La confiance des citoyens dans la preuve ADN, qu'elle soit le fruit de quelques affaires médiatisées¹⁶⁹ ou des œuvres de fictions, a un impact certain sur la justice et les représentations que les individus ont du procès pénal. Cela a pour conséquence de déplacer

¹⁶⁸ A. BLANC, *op. cit.*, p. 271.

¹⁶⁹ Cf. IV, p. 89 et s.

les attentes des justiciables et de redéfinir leur vision du juste en tenant uniquement compte de la qualité fantasmée de la preuve ADN, la véracité.

Or, le but du procès comme le soulignait P. Ricoeur consiste dans la recherche du juste plus que du vrai¹⁷⁰. Dans le procès pénal cette finalité s'exprime au travers du principe selon lequel le doute doit profiter à la personne renvoyée devant les juridictions de jugement¹⁷¹. Pourtant, comme l'explique fort justement M. Mekki, « *le juge exerce un pouvoir qui ne peut être légitime sans savoir. La logique de la preuve scientifique renforce la légitimité de la preuve judiciaire* »¹⁷². C'est en effet une aide à la décision pour le juge mais c'est surtout, dans notre société, « *un nouvel instrument de légitimité substantielle grâce à la rigueur méthodologique de la science qui se met au service de la vérité judiciaire* »¹⁷³.

La preuve ADN aurait donc bien souvent pour seule vertu de légitimer la décision des juges aux yeux de la population puisque « *prouver, c'est faire approuver* » et qu'il faut, par la preuve, emporter « *l'homologation de la collectivité* »¹⁷⁴. On peut toutefois critiquer cette utilisation, presque politique, de la preuve ADN dans le procès pénal. En effet, la légitimation de la décision par la preuve devrait se faire par le biais des motivations et par l'explication de leur articulation, bien que la doctrine comme les juges y soient hostiles. Il paraît toutefois intéressant de s'interroger à nouveau sur ce point dans la mesure où l'appréciation de la preuve ADN n'est que partiellement comprise par la majorité des citoyens. N'y a-t-il pas le risque d'alimenter un climat de défiance envers la justice dès lors que, dans les affaires médiatisées, la preuve ADN, adulée par l'opinion publique, serait écartée ou minimisée ? Faut-il exploiter l'ADN pour complaire plus que pour prouver ?

III. Le fichage de l'empreinte génétique

La matière pénale contient aujourd'hui de nombreux fichiers : « *Entrer dans le monde des fichiers est une expérience qui semble sans fin et mystérieuse, presque labyrinthique* »¹⁷⁵. Les

¹⁷⁰ P. RICOEUR, *Histoire et vérité*, Seuil, 1955, p. 156.

¹⁷¹ M. MEKKI, « Regard substantiel sur le « risque de la preuve ». Essai sur la notion de charge probatoire », in *La preuve : Regards croisés*, coll. Thèmes, Commentaires & Actes, Dalloz, 2015.

¹⁷² M. MEKKI, *ibidem*.

¹⁷³ M. MEKKI, *ibidem*.

¹⁷⁴ H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Ed. Marcel Rivière, 1964, p.54 ; cité par S. AMRANI et M. MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », in *La preuve : Regards croisés*, coll. Thèmes, Commentaires & Actes, Dalloz, 2015, p. 128.

¹⁷⁵ E. LESAGE, « Compte-rendu de la réunion du 12 avril 2012 – commission Famille du barreau de Paris », La grande bibliothèque du Droit.

étudier pourrait parfois laisser pantois. En effet, il existe non seulement des fichiers pour la police et la gendarmerie (FAED¹⁷⁶, FIJAISV¹⁷⁷, TAJ¹⁷⁸, etc.), pour la Justice (le casier judiciaire¹⁷⁹ est l'un des fichiers judiciaires les plus connus par exemple), mais aussi pour l'administration pénitentiaire (APPI¹⁸⁰, etc.). Qui plus est, outre les fichiers créés par la loi, et donc connus et répertoriés, des fichiers « de terrain » apparaissent... La CNIL recensait 58 fichiers en 2009, 80 en 2011, 93 en 2013, dont 45% étaient en attente d'avoir une assise légale¹⁸¹.

¹⁷⁶ Le FAED (fichier automatisé des empreintes digitales) a été créé en 1987 (Décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur). Placé sous la direction de la centrale de la police judiciaire du ministère de l'intérieur et sous le contrôle du procureur général près la cour d'appel, il contient les empreintes digitales appartenant aux auteurs de crimes ou délits. Le FAED sert à la recherche et à l'identification des auteurs de crimes et de délits, ainsi qu'à la poursuite, à l'instruction et au jugement des affaires dont l'autorité judiciaire est saisie.¹⁷⁷ Le FIJAISV (fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes) a été créé par la loi du 9 mars 2004 (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité) et constituait à l'origine un outil destiné à la prévention des infractions sexuelles commises sur des mineurs et à la recherche et l'identification de leurs auteurs. Son champ d'application a été particulièrement étendu par la loi du 12 décembre 2005 (Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales). Les données faisant l'objet d'un enregistrement au FIJAIS concernent l'identité de la personne, sa filiation, son domicile, et la décision ayant justifié l'inscription.

¹⁷⁷ Le FIJAISV (fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes) a été créé par la loi du 9 mars 2004 (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité) et constituait à l'origine un outil destiné à la prévention des infractions sexuelles commises sur des mineurs et à la recherche et l'identification de leurs auteurs. Son champ d'application a été particulièrement étendu par la loi du 12 décembre 2005 (Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales). Les données faisant l'objet d'un enregistrement au FIJAIS concernent l'identité de la personne, sa filiation, son domicile, et la décision ayant justifié l'inscription.

¹⁷⁸ Le TAJ (traitement d'antécédents judiciaires), est le successeur des fichiers STIC (système de traitement des infractions constatées) et du JUDEX (système judiciaire de documentation et d'exploitation), définitivement supprimés le 31 décembre 2013. Il a été créé par le décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 relatif au traitement d'antécédents judiciaires. Utilisé dans le cadre des enquêtes judiciaires (recherche des auteurs d'infractions) et des enquêtes administratives (comme celles préalables à certains emplois publics ou sensibles), il a pour finalité de faciliter la constatation d'infractions, le rassemblement de preuves et la recherche des auteurs d'infractions. Il est l'un des plus importants fichiers utilisés par les forces de police et de gendarmerie. Ce fichier conserve la trace de tous les « passages » des individus dans les locaux de la gendarmerie ou de la police.

¹⁷⁹ Le casier judiciaire est un fichier informatisé dans lequel sont inscrites essentiellement les condamnations pénales prononcées par les autorités judiciaires. Il a pour objet de mémoriser les décisions de justice, d'en gérer l'oubli et de restituer ces informations, sous forme d'extraits, dans les conditions prévues par la loi. La première tentative d'établir la preuve des antécédents judiciaires par la comptabilisation systématique de la somme des crimes et délits à mettre au compte des délinquants remonte au code d'instruction criminelle de 1808, qui institue les sommiers judiciaires. Le garde des Sceaux Rouher, convaincu de l'efficacité d'une collecte rationnelle des données nominatives, décide par circulaire du 6 novembre 1850, d'instaurer le casier judiciaire. Puis, c'est la loi du 5 août 1899 qui officialise le casier judiciaire et les différents bulletins.

¹⁸⁰ Le fichier APPI (application des peines, probation et insertion) permet de gérer les informations relatives aux mesures judiciaires d'application des peines prononcées par les magistrats en charge de l'application des peines et suivies par les personnels des services pénitentiaires d'insertion et de probation. Il a été créé par le décret n° 2011-1447 du 7 novembre 2011 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « application des peines, probation et insertion » (APPI). Il permet également de formaliser les échanges entre les services pénitentiaires compétents pour ces matières et l'autorité judiciaire mandante, d'évaluer la situation des personnes suivies à des fins de réinsertion sociale et de lutte contre la récidive, de créer un dossier dans le cadre des mesures d'exécution, des enquêtes et mesures préalables au jugement et de produire des statistiques locales et nationales en matière d'application des peines.

¹⁸¹ <https://www.cnil.fr>

L'ergonomie des « fichiers de police » en France est l'une des plus sophistiquées et, parallèlement, l'une des plus complexes. Elle contient plein « *d'étranges onomatopées pour le profane qui dissimulent en fait un accroissement considérable du pouvoir de fichage des autorités* »¹⁸². Parmi ces fichiers de police, notre étude s'est évidemment concentrée sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques. Créé par la loi du 17 juin 1998¹⁸³, il est un outil au service de la police et de la gendarmerie dans la recherche et l'identification des auteurs d'infractions. Les méthodes d'analyses et d'identification par empreintes génétiques, comme nous l'avons déjà précisé¹⁸⁴, ont d'abord été principalement utilisée pour identifier des victimes de catastrophes de grande envergure avec la de l'Unité Gendarmerie d'Identification des Victimes de Catastrophes. Et à l'occasion des lois dites de bioéthique de 1994, le droit français a introduit en procédure pénale l'utilisation des empreintes génétiques. Mais le recours à l'ADN ne permet pas, à cette époque, en l'absence d'un fichier national, d'effectuer des comparaisons qui pourraient mettre en relation des affaires entre elles. L'émoi international, principalement suscité par l'affaire « Dutroux »¹⁸⁵, additionné au succès de l'ADN dans les pays anglo-saxons et au renforcement de la politique menée en matière de sécurité intérieure et de lutte contre la délinquance a conduit le législateur, par la loi du 17 juin 1998, à créer un fichier automatisé des empreintes génétiques.

Le présent rapport a précédemment démontré que lorsqu'une empreinte génétique est obtenue, elle peut être exploitée¹⁸⁶. Et que le prélèvement, le traitement et la valeur probante de l'empreinte ADN soulèvent nombre d'interrogations. La question du FNAEG, de son contenu et de son accès en écriture et en lecture, est tout autant sujette à complexité et parfois, incertitudes. L'alliance de la police nationale, de la gendarmerie nationale, de la justice et de l'informatique comporte inéluctablement des risques en terme de libertés fondamentales des individus. Que le fichier soit utile ou pas, utilisé ou non, il pose des difficultés techniques et juridiques : « *on ne voit pas pourquoi, sinon, pour plus de sûreté, on ne ficherait pas tous les citoyens indépendamment même de la commission d'une infraction* »¹⁸⁷. L'étude que nous avons menée au sein des juridictions meurthe-et-mosellanes sur la période 2003-2013 permet de mettre en exergue ces complexités. Afin d'en dresser un panorama exhaustif, sont

¹⁸² F. BOTTINI, « Sécurité/Police – A quand une question prioritaire de constitutionnalité sur le cadre législatif des fichiers de police ? », *JCP A* 2011, n° 18, p. 2176 et s.

¹⁸³ Cf. *supra*.

¹⁸⁴ Cf. introduction, p. 11.

¹⁸⁵ Il s'agit de la commission, en Belgique, par M. Dutroux, de violences sexuelles suivies de séquestrations et meurtres sur des mineurs de moins de 15 ans.

¹⁸⁶ Cf. I, p. 17 et s.

¹⁸⁷ Fl. BELLIVIER, « Infractions sexuelles et empreintes génétiques », *Rev. Trim. Dr. Civ.* 2000, p. 468.

présentées dans un premier temps l'alimentation véritable du fichier (A), et, dans un second temps la mesure de sa consultation (B).

A. L'alimentation réelle du FNAEG

La preuve génétique fonctionnant par comparaison, le fichier a pour mission de conserver aussi bien les empreintes génétiques issues de traces biologiques (prélevées sur le lieu d'une infraction, recueillies à l'occasion des procédures de recherche des causes de la mort ou de recherche des causes d'une disparition) que les empreintes de personnes identifiées (personnes condamnées, voire simplement soupçonnées). A ainsi été mis en place un encadrement juridique du fichier, de prime abord, plutôt complet. Sont prévus les conditions de recueil des données génétiques (traces et empreintes), les personnes habilitées à effectuer les prélèvements¹⁸⁸, les personnes soumises au recueil de leurs empreintes génétiques, les faits susceptibles de donner lieu à un fichage de leur auteur, le rôle de l'autorité judiciaire, la durée de conservation des données et les procédures d'effacement des données¹⁸⁹. Un fichage sur qui ? sur quoi ? par qui ? pourquoi ? pour qui ? comment ? Le Conseil constitutionnel¹⁹⁰ a considéré, dans une décision du 16 septembre 2010 prise sur renvoi de la Cour de cassation¹⁹¹, que les dispositions de l'article 706-54 du Code de procédure pénale, concernant le prélèvement et l'enregistrement des empreintes génétiques ne sont pas contraires à la Constitution. Par la suite, la Cour de cassation a ainsi déclaré irrecevable l'examen des griefs qui avaient pour fondement l'inconstitutionnalité des articles 706-54 à 706-56 du Code de procédure pénale¹⁹², même lorsqu'étaient invoquées, en sus, des avancées de la science génétique, qui ne constituent pas, selon la cour suprême, un réel « *changement de circonstances* »¹⁹³.

D'abord destiné à centraliser les profils génétiques des individus définitivement condamnés pour une infraction sexuelle établis grâce aux traces recueillies sur les lieux de commission et

¹⁸⁸ Cf. la procédure de recueil, p. 17.

¹⁸⁹ Art. 706-54 à 706-56, C. proc. pén. ; art. R. 53-9 à R. 53-21, C. proc. pén.

¹⁹⁰ Cons. const., déc. 16 sept. 2010, n° 2010-25, QPC, JORF 16 sept. 2010, p. 16847 ; J. DANET, « Le FNAEG au conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale » ; *AJ pén.* 2010, p. 545.

¹⁹¹ Crim., 11 juin 2010, n° 09-88.083, 12071, QPC.

¹⁹² Crim., 18 janv. 2011, n° 10-84.980, 356 ; Crim., 15 mars 2011 n° 09-88.083.

¹⁹³ Crim. 11 juil. 2012, n° 12-81.553 : « les avancées de science génétique... ne sauraient s'analyser en un changement de circonstances (...) dès lors que, selon les dispositions de l'article 706-54, alinéa 5, du Code de procédure pénale, les empreintes génétiques conservées dans le fichier concerné ne peuvent être réalisées qu'à partir des segments sur lesquels portent les analyses d'identification par empreintes génétiques, cette liste pouvant, le cas échéant, être modifiée en raison de l'évolution des connaissances scientifiques ».

sur les victimes, plusieurs lois successives¹⁹⁴ ont largement augmenté son champ d'application. Cet élargissement progressif des missions du fichier à bien d'autres infractions, mais aussi aux recherches des causes de mort, a contribué à renforcer l'organisation mise en place jusqu'alors et « à permettre au fichier d'atteindre sa vitesse de croisière »¹⁹⁵. Aussi, au 1^{er} septembre 2013 le FNAEG comptait 2 547 499 profils génétiques (soit 3,8% de la population française) contre 16 771 en 2003¹⁹⁶. Des chiffres précis qui ne permettent toutefois la mesure concrète de l'utilisation du fichier ni en terme d'alimentation, ni en terme de consultation. Ces données chiffrées ne témoignent que d'une évidence, celle de l'augmentation considérable du nombre de fiches. Mais elles laissent sans réponses plusieurs questions essentielles : toutes les situations donnant lieu à fichage conduisent-elles à un réel fichage ? A quel moment ce fichage a-t-il lieu (en cours d'enquête ou après une condamnation) ? Toutes les fiches renvoient-elles à des individus différents ? Combien de refus de prélèvements sont rencontrés sur le terrain ? Etc. Aussi, il nous est apparu opportun de non seulement rappeler l'état du droit positif applicable au FNAEG, qui semble facilement déterminable, malgré quelques incertitudes latentes (1), avant de fournir les résultats chiffrés de notre étude empirique et leurs analyses (2).

1. Un cadre légal large

La gestion du FNAEG est assurée par le service central des laboratoires de la direction centrale de la police judiciaire du ministère de l'Intérieur¹⁹⁷. Il reçoit et traite les résultats des analyses effectuées sur les traces et empreintes biologiques prélevées. Tandis que la conservation des scellés relatifs aux traces et échantillons biologiques est assurée par le service central de préservation des prélèvements biologiques de la gendarmerie nationale¹⁹⁸. Notons que le traitement informatisé des informations transmises au service central de préservation des prélèvements biologiques peut comporter un numéro d'ordre commun avec le FNAEG, mais sans jamais pouvoir contenir les résultats d'analyses d'identification par

¹⁹⁴ Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, JORF 16 novembre 2001, p. 18215 ; Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JORF 19 mars 2003, p. 4761 ; Loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JORF 6 août 2013, p. 13338 ; Loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, JORF 4 juin 2016, texte n° 1.

¹⁹⁵ C. BYK, « Fichier national automatisé des empreintes génétiques », *JurisClasseur Procédure pénale*, art. 706-54 à 706-56, n° 7.

¹⁹⁶ Question écrite du député S. CORONADO, n°40427, JORF 22 oct. 2013, p. 10984 ; Réponse du ministre de l'intérieur, JORF 5 août 2014, p. 6753.

¹⁹⁷ Art. R. 53-9, C. proc. pén.

¹⁹⁸ Art. R. 53-20, C. proc. pén.

empreintes génétiques¹⁹⁹. Par ailleurs, le FNAEG est placé sous le contrôle d'un magistrat du parquet hors hiérarchie nommé pour trois ans par arrêté du garde des Sceaux, assisté d'un comité de trois membres nommés dans les mêmes conditions²⁰⁰. Ce magistrat peut ordonner toutes les mesures nécessaires à l'exercice de son contrôle comme des saisies ou des copies d'informations, mais aussi l'effacement d'enregistrements illicites ou à l'issue de la procédure d'effacement prévue par les articles R. 53-13-1 à R. 53-13-6. Il peut également contrôler le fonctionnement du service central de préservation des prélèvements biologiques et faire procéder à toute vérification sur place.

Conformément aux principes concernant la protection des données personnelles, le FNAEG ne peut faire l'objet d'aucune interconnexion ni de rapprochement ou de mise en relation avec un autre traitement automatisé d'informations nominatives²⁰¹. Toutefois une nuance doit immédiatement être apportée puisque la loi prévoit que l'accès du fichier est ouvert, conformément à certains engagements internationaux de la France, à des agents étrangers ou appartenant à des organisations internationales et ce notamment à des fins de rapprochements²⁰². « *Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception, dans la mesure ou un rapprochement de données personnelles ne constitue pas une interconnexion de fichiers* »²⁰³. A cette fin, par exemple, la France a signé et ratifié le Traité de Prüm le 27 mai 2005 à Prüm²⁰⁴. Il vise à renforcer la coopération transfrontalière, en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité et l'immigration illégale. Il prévoit l'échange de données génétiques, d'empreintes digitales et de données à caractère personnel. Dans le cadre de la présente étude nous avons pu échanger avec les membres de l'équipe de recherche du projet européen PIES (The Prüm Implementation, Evaluation and Strengthening of Forensic DNA Data Exchange) qui vise à améliorer ces échanges²⁰⁵. Cette rencontre nous a essentiellement permis de conforter les résultats auxquels nous parvenons grâce à la collecte menée au sein des juridictions meurthe-et-mosellanes sur la période 2003-2013. Avant de présenter ces premiers résultats chiffrés, il convient de rappeler le cadre juridique du FNAEG concernant les prélèvements donnant lieu à enregistrement (a) puis les modalités d'enregistrement (b).

¹⁹⁹ Art. R. 53-53-20 al. 3, C. proc. pén.

²⁰⁰ Art. R. 53-16, C. proc. pén.

²⁰¹ Art. R. 53-19, C. proc. pén.

²⁰² Art. R. 53-19-1, C. proc. pén.

²⁰³ C. BYK, « Fichier national automatisé des empreintes génétiques », *JurisClasseur Procédure pénale*, art. 706-54 à 706-56, n° 9. N.DEFFAINS ET B.PLESSIX, « Fichiers informatiques et sécurité publique », PUN 2013.

²⁰⁴ Ce traité a été signé par sept États membres de l'Union européenne (la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne, la France, le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Autriche).

²⁰⁵ Les résultats de cette recherche sont accessibles depuis le 31 octobre 2015 : <https://incc.fgov.be>.

a. Les prélèvements donnant lieu à enregistrement

Le FNAEG vise désormais à recenser les profils génétiques établis par les traces et empreintes génétiques d'un nombre important d'infractions considérées comme les plus importantes pour les besoins du fichier, mais aussi les empreintes génétiques issues de traces biologiques recueillies à l'occasion des procédures de recherche des causes de la mort ou de recherche des causes d'une disparition. Le présent rapport a déjà eu l'occasion de préciser dans les faits et les personnes permettant le prélèvement aux fins d'alimentation du FNAEG²⁰⁶. Précisons dorénavant que la loi prévoit ainsi des limites.

D'une part, une limite concerne les personnes sur lesquelles un prélèvement peut être effectué. En plus des personnes condamnées ou à l'encontre desquelles existent des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elles aient commis l'une des infractions de l'article 706-55 du Code de procédure pénale, un prélèvement peut également être effectué sur toute personne « à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou un crime ou un délit »²⁰⁷. Dans ce dernier cas, s'il n'est pas exigé que cette personne soit soupçonnée d'avoir commis l'une des infractions expressément visées par l'article 706-55 du Code de procédure pénale, la loi interdit alors que les données résultant dudit prélèvement puissent être introduites dans le fichier pour y être conservées : il n'est alors possible que d'effectuer une comparaison avec le FNAEG. Aussi, si prélèvement et exploitation ne coïncident pas, exploitation et alimentation du fichier non plus : tout prélèvement ne sera pas systématiquement exploité et toute exploitation d'un prélèvement ne donnera pas lieu à une inscription au FNAEG. Notre étude recense ainsi des écarts chiffrés entre les trois étapes et ces différences sont directement imputables au cadre juridique de l'empreinte ADN.

D'autre part, deux autres limites portent sur les condamnations prononcées contre les personnes déclarées coupables de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale. La première difficulté réside dans la notion même de condamnation. La Cour de cassation a d'abord précisé, sans aucune surprise, qu'une mesure de protection judiciaire prononcée à l'égard d'un mineur par le tribunal pour enfant ne constitue pas une condamnation pénale permettant l'inscription au fichier²⁰⁸. Plus étonnamment, la Cour de

²⁰⁶ Cf. la procédure de recueil, p. 17.

²⁰⁷ Art. 706-54 al. 3, C. proc. pén.

²⁰⁸ Crim., 12 sept. 2007, n° 06-85.687 ; M. LENA, « La chambre criminelle refuse l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques des mineurs placés sous protection judiciaire », *Dalloz actualité* 4 oct. 2007.

cassation s'est prononcée sur la notion de condamnation lorsqu'une dispense de peine assortie la décision de culpabilité de l'auteur d'une infraction. Elle considère alors que la dispense de peine ne constitue pas une condamnation permettant l'inscription au FNAEG²⁰⁹. Pourtant une dispense de peine ne remet pas en cause la culpabilité de l'auteur de l'infraction. Elle fait d'ailleurs l'objet d'une inscription au casier judiciaire national automatisé²¹⁰. Une telle interprétation restrictive de l'article 706-54 du Code de procédure pénale crée un paradoxe critiquable : une personne reconnue coupable mais dispensée de peine ne peut pas faire l'objet d'une inscription au FNAEG (sauf si un tel prélèvement a été réalisé au cours de l'enquête) alors qu'une personne à l'encontre de laquelle il n'existe que des indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elle a commis l'une des infractions de l'article 706-55 du même Code (autrement dit une personne simplement soupçonnée) le peut ! La collecte de données effectuée par notre équipe n'a permis d'identifier qu'une seule hypothèse où une personne reconnue coupable pour l'une des infractions permettant le fichage a bénéficié d'une dispense de peine, où aucun prélèvement n'avait été effectué pendant l'enquête, et où, logiquement, l'inscription au FNAEG n'était ainsi plus possible.

La seconde difficulté concerne le point de départ du délai d'un an prévu par l'article R. 53-21 du Code de procédure pénal. En effet, si l'article 706-54 du même Code vise « *les personnes déclarées coupables* », l'article R. 53-21 prévoit que « *lorsqu'il n'a pas été réalisé au cours de la procédure d'enquête, d'instruction ou de jugement, le prélèvement concernant une personne définitivement condamnée est effectué, sur instruction du procureur de la République ou du procureur général et selon les modalités prévues par le I de l'article 706-56, au plus tard dans un délai d'un an à compter de l'exécution de la peine* ». A priori le point de départ du délai d'un an ne pose guère de difficulté : à compter de l'exécution de la peine. Mais qu'en est-il dans l'hypothèse où la peine est assortie d'un sursis ? Comment déterminer le moment d'exécution de la peine assortie d'un sursis simple afin de pouvoir calculer le point de départ du délai d'un an prévu par l'article R. 53-21 précité ? La Cour de cassation a répondu à la question dans une décision en date 17 juin 2014²¹¹ dans laquelle elle interprète à nouveau strictement la notion de condamnation : la réquisition de prélèvement doit intervenir, en l'absence de révocation du sursis (car dans ce cas, la peine est mise à exécution), dans le

²⁰⁹ Crim., 9 avril 2008, n° 07-85.972 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Un condamné pour vol aggravé est dispensé de peine, et donc d'inscription au FNAEG », *AJ. pen.* 2008, p. 329 ; M. LENA, « Prélèvement biologique : notion de condamnation pénale », *Dalloz Actualité* 15 mai 2008.

²¹⁰ Art. 769 4°, C. proc. pén.

²¹¹ Crim., 17 juin 2014, n°13-80.914 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Délai pour requérir un prélèvement génétique en cas de condamnation avec sursis », *AJ pen.* 2014, p. 432.

délai d'un an à compter du jour où la condamnation est devenue définitive. La Cour de cassation refuse donc de prendre en considération le « délai d'attente », contrairement à ce qui est prévu pour la prescription de la peine²¹² ou pour la réhabilitation²¹³. Une incertitude demeure toutefois : *quid* si, après le délai d'un an, la révocation intervient finalement ?

b. Les modalités d'enregistrement

Une fois le prélèvement effectué et son exploitation décidée, une inscription au FNAEG est donc possible. Les profils génétiques des personnes identifiées et les résultats d'analyses des profils non identifiés sont inscrits dans le fichier, selon les cas sur décision de l'OPJ, agissant d'office ou sur instruction du procureur de la République ou du juge d'instruction²¹⁴. Depuis la loi du 18 mars 2003²¹⁵ sont également enregistrés, les résultats des analyses transmis par des organismes de coopération internationale en matière de police judiciaire ou des services de police judiciaire étrangers²¹⁶. Seules quelques dispositions organisent les modalités d'enregistrement des informations au FNAEG²¹⁷. Il s'agit surtout de préciser les personnes habilitées à intervenir dans le fichier et les informations à inscrire.

Concernant les personnes, seuls les agents habilités de la police scientifique et de la gendarmerie, affectés au fichier contenant les résultats des analyses, peuvent procéder à des enregistrements dans le FNAEG. Les personnels habilités affectés au service central de conservation peuvent, eux, n'y enregistrer que les informations relatives aux scellés. Ce sont les magistrats du parquet et de l'instruction et les officiers de police judiciaire qui transmettent à ces agents les informations à enregistrer : ils peuvent procéder par tous moyens sécurisés, y compris télématiques, aux opérations de transmission au service gestionnaire du fichier des informations qui doivent y être enregistrées.

Concernant les données enregistrées, outre les segments d'ADN identifiés, sont prévues les informations suivantes²¹⁸ : numéro de la procédure, nom de l'autorité requérante et de la personne ayant réalisé l'analyse, date de la demande d'enregistrement et nature de l'affaire²¹⁹.

²¹² Crim., 17 juill. 1985, n° 85-90.958.

²¹³ Art. 133-13 et 133-14, C. pén.

²¹⁴ Art. R. 53-10, C. proc. pén.

²¹⁵ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JORF 19 mars 2003, p. 4761.

²¹⁶ Art. R. 53-12, C. proc. pén.

²¹⁷ Art. 706-56 et R. 53-18, C. proc. pén.

²¹⁸ Art. R. 53-11, C. proc. pén.

²¹⁹ Dans les cas prévus par les articles R. 53-10 I 2° et R. 53-10 II du Code de procédure pénale, l'information portant sur la nature de l'affaire ne peut être exploitée qu'en vue d'un traitement à des fins statistiques : elle ne peut alors pas apparaître en cas de consultation pour effectuer une comparaison, ni même servir de critère de recherche nominative. Cf. la procédure de recueil, p. 17.

L'article R. 53-11 II du Code de procédure pénale prévoit en outre l'inscription d'informations complémentaires spécifiques :

– les données résultant des traces biologiques issues de personnes inconnues (recueillies dans le cadre d'une enquête de préliminaire, d'une enquête pour crime ou délit flagrant ou d'une instruction préparatoire pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du même Code), les données résultant des échantillons biologiques prélevés sur des cadavres non identifiés et des traces biologiques issues de personnes inconnues (recueillies dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes de la mort ou pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte) et les données résultant des échantillons biologiques issus ou susceptibles d'être issus d'une personne disparue (recueillis dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte) sont accompagnées des informations relatives au scellé contenant les traces ou échantillons biologiques ou l'objet sur lequel ils ont été recueillis ;

– les données résultant des échantillons biologiques prélevés sur les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du même Code et les données résultant des échantillons biologiques issus ou susceptibles d'être issus d'une personne disparue (recueillis dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte) sont accompagnées des nom, prénoms, date et lieu de naissance des personnes dont les empreintes génétiques sont enregistrées. Les données résultant des échantillons biologiques prélevés sur les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du même Code peuvent être complétées par les informations relatives à la décision (décision de classement sans suite, non-lieu, relaxe ou acquittement exclusivement fondé sur l'existence d'un trouble mental par application de l'article 122-1 du Code pénal) ;

– les données résultant des échantillons biologiques prélevés, avec leur accord, sur les ascendants et descendants d'une personne disparue, dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte sont accompagnées des nom, prénoms, date et lieu de naissance de la personne disparue et de l'indication du lien de parenté avec celle de la personne dont sont enregistrées les empreintes génétiques.

2. Une pratique de terrain nuancée

Comme évoqué précédemment, le FNAEG voit son contenu croître considérablement au fil des ans. Au 1er septembre 2013 le FNAEG comptait 2 547 499 profils génétiques, contre 16 771 en 2003. 75% des fiches désignent des personnes « mises en cause » (1 911 675 fiches), 18 % des personnes condamnées (430 298 fiches) et 7% sont des traces non identifiées (149 097fiches)²²⁰. L'exactitude de ces chiffres fournis par le ministre de l'intérieur ne se retrouve pas dans notre étude lorsqu'il est tenté une comparaison entre le nombre d'affaires susceptibles de fichage et le nombre de fiches réellement vérifiées ou créées dans le fichier (a). Tant pour l'alimentation que pour la consultation, peu de données objectives garantissent que le FNAEG est automatiquement alimenté, ou même systématiquement consulté. Seul le caractère marginal du refus de prélèvement à la seule fin d'alimentation du FNAEG semble plus facilement déterminable (b).

a. Une alimentation incertaine

Notre étude, produit des résultats surprenants quant à l'alimentation du FNAEG²²¹. Sur les 401 affaires de la base de données, 191 peuvent donner lieu à inscription dans le fichier (135 en matière délictuelle et 56 en matière criminelle). En matière délictuelle, il s'agit surtout des infractions de violences volontaires (aggravées ou non), des trafics de stupéfiants et des infractions contre les biens. En matière criminelle, il s'agit principalement de faits de viols (aggravés ou non) et d'homicides (aggravés ou non). Un écart entre les prélèvements de traces et indices effectués et l'alimentation réelle du fichier peut être, voire devrait toujours être, constaté, puisque l'ADN peut servir à d'autres fins que l'alimentation du FNAEG²²². Mais le décalage ne devrait pas être trop important. Or, sur les 191 affaires susceptibles de fichage, seules 79 ont réellement donné lieu à un prélèvement (47 en matière délictuelle et 32 en matière criminelle), sans qu'il ne soit possible de déterminer ni dans quel but il a été décidé (aux seules fins du fichage ?), ni combien de ces prélèvements ont été exploités puis enregistrés au FNAEG. En effet, la majorité de ces 79 dossiers ne contient qu'une pièce de procédure (souvent un compte-rendu rédigé par un OPJ) mentionnant qu'un prélèvement a été

²²⁰ Question écrite du député S. CORONADO, n° 40427, JORF 22 oct. 2013, p. 10984 ; Réponse du ministre de l'intérieur, JORF 5 août 2014, p. 6753.

²²¹ Nous aborderons ultérieurement la réalité de sa consultation afin d'identifier l'auteur d'une infraction. Cf. IV, p. 89 et s.

²²² Cf. II, p. 40 et s.

réalisé, sans qu'il ne soit possible ni de le dater²²³, ni d'en déterminer les motifs, ni de préciser son éventuelle exploitation par la suite²²⁴. Ainsi, selon notre étude, moins de la moitié des affaires pouvant permettre le fichage auraient donné lieu à un prélèvement... Mais combien ont été exploités ? Et combien ont donné lieu à une inscription réelle au FNAEG ?

Une autre raison peut expliquer le faible nombre de prélèvements réellement effectués aux regards des hypothèses le permettant. En effet, les OPJ consultent régulièrement le FNAEG avant de faire procéder à un prélèvement afin d'éviter les prélèvements inutiles. Aussi, nous avons pu constater que sur les 191 affaires susceptibles de fichage, 23 dossiers font référence à une consultation *ante* prélèvement ; et sur ces 23 affaires, 14 mentionnent que l'individu était déjà fiché (et donc que le prélèvement était inutile). Il ne s'agit donc plus de 191 affaires permettant le fichage, mais 177 affaires seulement (puisque des fiches existaient déjà dans 14 des 191 dossiers). Toutefois, le *ratio* 79/177 reste faible. Et pourtant, notre étude n'a pu trouver une explication pertinente sur le non-prélèvement que pour trois autres dossiers : dans une affaire l'individu s'y est opposé²²⁵, dans une autre il n'y avait pas d'infraction commise²²⁶ et dans une dernière affaire, le prélèvement a été demandé par un juge d'instruction mais n'a pas été réalisé (sans qu'une raison puisse être découverte). Au final, le *ratio* demeure très modeste : seulement 79 des dossiers mentionnent un prélèvement effectué aux fins d'alimentation du FNAEG sur les 174 affaires le permettant. Et aucun élément ne nous permet d'établir avec exactitude s'ils ont tous donné lieu à exploitation puis à enregistrement dans le fichier.

Ce résultat, surprenant par son ordre de grandeur, interroge davantage encore lorsqu'il est mis en comparaison avec les affirmations des acteurs de la procédure pénale, qui tous (procureurs interrogés, greffiers, policiers et gendarmes) nous affirment que le fichage serait systématique lorsqu'il peut être réalisé. Leurs témoignages semblent en accord avec les circulaires des 20 juillet 2001 et 27 juillet 2004 et de 2008 qui invitent à l'enregistrement systématique des profils obtenus par l'exploitation des prélèvements effectués (eux aussi appelés à être

²²³ Et pourtant une telle information aurait pu être intéressante, surtout lorsqu'il est rappelé qu'une inscription d'une empreinte ADN au FNAEG est un acte interruptif de prescription ; une demande de prélèvement aux fins d'alimentation du fichier pourrait donc être retarder afin de repousser la prescription de l'action publique. V° crim., 12 déc. 2012, n° 12-85.274 ; L. PRIOU- ALIBERT, « L'inscription d'une trace ADN au FNAEG est un acte interruptif de prescription », *Dalloz actualité* 11 févr. 2013.

²²⁴ Or il est certain que tous les prélèvements ne donnent pas lieu à exploitation – bloquant ainsi de facto un quelconque enregistrement au FNAEG – pour des raisons économiques. Et ce même si le coût unitaire de la réalisation d'un profil est passé de 350 euros à 50 euros en 2009.

²²⁵ Cf. un refus marginal du fichage, p. 77.

²²⁶ La victime avait inventé des faits et n'était en réalité pas victime d'une infraction. La procédure a donc été interrompue.

automatiques) et à la poursuite systématique des refus de prélèvements. Selon le ministre de la Justice cette automaticité (des prélèvements, de leurs exploitations et de leurs fichages) est la seule à pouvoir garantir l'efficacité du FNAEG. Malheureusement, les résultats de notre étude ne nous permettent pas de conforter ou d'infirmer le caractère systématique de l'utilisation de l'empreinte ADN dans le cadre de son fichage. Soit il n'est pas si systématique que souhaité par le garde des sceaux – et il faudrait alors pouvoir en déterminer la ou les cause(s) – soit d'autres raisons doivent être recherchées (comme la tenue des dossiers par les juridictions, sujette alors à critiques). Notons que le fait que les enquêteurs reconnaissent que des demandes de prélèvements sur détenus soient réalisées en cours d'exécution de peine laisse à penser que le prélèvement n'est pas tout à fait systématique pendant une enquête (même si les faits le permettent). Qui plus est, les experts interrogés s'accordent à nous dire que ces prélèvements ne peuvent pas tous être réalisés dans le délai imparti (1 an²²⁷) en raison des difficultés à les organiser (notamment en terme d'autorisation d'entrer dans l'établissement pénitentiaire et de déplacement pour l'expert).

b. Un refus marginal du fichage

Nous n'envisageons ici que le refus de prélèvement dont les résultats sont destinés à être enregistrés au FNAEG²²⁸. Le présent rapport a déjà rappelé que trois types de prélèvements peuvent être ordonnés : le prélèvement consenti, l'analyse de matériel biologique naturellement détaché du corps humain et enfin, le prélèvement réalisé sans l'accord de l'intéressé. Une première réflexion nous conduit tout d'abord à préciser que la liberté de consentir au prélèvement n'est que relative puisque les personnes condamnées et les personnes poursuivies (contre lesquelles il existe des indices graves ou concordants qu'elles aient commis l'une des infractions de l'article 706-55 du Code de procédure pénal) s'exposent, en cas de refus de prélèvements, à une peine d'un an d'emprisonnement et à 15 000 euros d'amende²²⁹. Par ailleurs, pour une personne condamnée, commettre un tel délit entraîne également de plein droit le retrait de toutes les réductions de peine et interdit l'octroi de nouvelles réductions de peine²³⁰. De surcroît, le Conseil constitutionnel a considéré que,

²²⁷ Art. R. 53-21, C. proc. pén.

²²⁸ Cf. les refus de prélèvements, p. 27.

²²⁹ Art. 706-56, C. proc. pén. La peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende pour les personnes condamnées pour un crime.

²³⁰ Art. 706-56, C. proc. pén. ; Crim., 22 juin 2004, n° 03-87.943 ; Crim., 28 sept. 2005, n° 04-87.295 : la Cour de cassation a considéré que le délit était constitué même si la condamnation visée était antérieure à l'entrée en vigueur de la loi, tant que le délai d'un an prévu par l'article R. 53-21 du code de procédure pénale n'était pas écoulé.

non seulement les peines prévues par le législateur n'étaient pas disproportionnées²³¹, mais que l'infraction de l'article 706-56 du Code de procédure pénale commise à des périodes et dans des circonstances différentes²³² ne constitue pas une violation du principe *non bis in idem*²³³. Qui plus est, ajouté à ces moyens de pressions, l'individu et/ou les enquêteurs sait/savent qu'à défaut de prélèvement consenti, il sera toujours possible d'analyser le matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé. L'intérêt à refuser paraît alors bien stérile, et même inutile²³⁴. Aussi, et conformément aux informations communiquées par les acteurs du terrain lors des entretiens, les résultats obtenus par notre base de données témoignent que le refus du fichage apparaît bien marginal. Sur les 191 affaires pouvant permettre le fichage, l'enregistrement d'une nouvelle fiche aurait été pertinent et intéressant pour 175 affaires. Il s'agit des 174 affaires précédemment identifiées et d'une décision où l'individu a refusé un tel prélèvement²³⁵.

Une seconde réflexion doit être menée sur les prélèvements contraints. Selon l'article 706-56 du Code de procédure pénale, « *le prélèvement peut être opéré sans l'accord de l'intéressé, sur réquisition du procureur de la République, s'il s'agit d'une personne condamnée pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement au moins* ». Il s'agit là d'une véritable exception au principe du respect du consentement. Le recours à la coercition se justifie en droit français dès lors que la contrainte est proportionnée au but légitime poursuivi. Eu égard à la gravité des infractions visées en l'espèce, pour lesquelles les personnes ont été condamnées (il ne s'agit bien sûr plus de simples suspects) et au caractère très peu invasif des modalités du prélèvement, la contrainte semble proportionnée. « *Mise en perspective avec le noli me tangere fondateur, la dignité humaine ou le principe d'inviolabilité du corps humain, cette disposition pourrait surprendre* »²³⁶. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs déjà rappelé que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne permet à l'accusé que de garder le silence et qu'il ne s'étend pas au recours à des données,

²³¹ Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, JORF 19 mars 2003, p. 4789. En revanche, le délit de se soumettre étant une nouvelle infraction, le principe de non rétroactivité de la loi pénale exige que le refus soit lui postérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 18 mars 2003 l'ayant créé.

²³² Par exemple, pour une même affaire, un refus pendant l'enquête, puis un refus pendant l'exécution de la peine.

²³³ Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, JORF 17 septembre 2010, p. 16847. V° CA Nancy, 4^{ème} ch. corr., 9 nov. 2005, n° 05/00970.

²³⁴ V° Crim., 28 sept. 2005, n° 04-87.295 ; C. SAAS, « Refus de prélèvement biologique et alimentation effective du FNAEG », *AJ pen.* 2005, p. 457.

²³⁵ Cette décision de refus est la seule identifiée dans notre base de données. Notons toutefois que sur la collecte globale des 2439 décisions, le chiffre s'élevait très modestement à 9 refus de prélèvements aux fins de l'alimentation du FNAEG.

²³⁶ E. SUIPIOT, « Empreintes génétiques et droit pénal – Quelques aspects éthiques et juridiques », *RSC* 2015, p. 827.

y compris obtenues par des procédés coercitifs qui « *existent indépendamment de son auteur* »²³⁷.

Précisons enfin que l'inscription au FNAEG ne constitue pas une peine complémentaire : elle est une mesure de sécurité publique. La personne condamnée ne peut dès lors pas invoquer le principe *non bis in idem* pour tenter d'échapper à cette inscription obligatoire²³⁸.

B. La consultation réelle du FNAEG

L'article 706-54 du Code de procédure pénale confère au FNAEG une mission de « *centralisation* » des données dans le but « *de faciliter l'identification et la recherche des auteurs des infractions* » prévues à l'article 706-55 du même Code. Aussi, puisqu'il contient des profils génétiques, le FNAEG est un outil destiné à être consulté par les enquêteurs, afin de pouvoir effectuer des comparaisons et espérer obtenir rapidement des informations fiables. La question de sa consultation concrète permet en réalité d'en mesurer l'effectivité²³⁹. Comme nous l'avons déjà précisé²⁴⁰, le Conseil constitutionnel²⁴¹ s'est positionné sur le FNAEG dans une décision du 16 septembre 2010 prise sur renvoi de la Cour de cassation²⁴². Bien qu'il considère que les dispositions de l'article 706-54 du Code de procédure pénale, sur le prélèvement et l'enregistrement des empreintes génétiques, ne sont pas contraires à la Constitution, il a toutefois émis une réserve : il a renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de préciser la durée de conservation des informations enregistrées et la proportion de la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, de la nature ou de la gravité des infractions concernées et des modalités spécifiques de la délinquance des mineurs. Il a en outre estimé qu'en ce qu'elles concernent le prélèvement aux fins de rapprochement avec les données du fichier, les dispositions de l'article 706-54 du Code de procédure pénale ne sont pas non plus contraires à la Constitution sous réserve que l'expression « *crime ou délit* » utilisée par le législateur soit interprétée comme renvoyant aux seules infractions énumérées par l'article 706-55 du même code. A la lumière de ces précisions l'étude empirique conduite a pu identifier que l'outil qu'est le FNAEG – et donc l'efficacité de sa consultation – rencontre des difficultés non seulement techniques, mais également juridiques. C'est pourquoi nous présentons successivement la légitimité du

²³⁷ Cour EDH, 17 déc. 1996, n° 19187/91, Saunders c/ Royaume-Uni. Dans l'espèce la Cour visait les mandats, prélèvements d'haleine, de sang, d'urine et de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN.

²³⁸ Crim., 16 janv. 2008, n° 07-82.115 ; Crim., 31 oct. 2006, n° 05-87.153.

²³⁹ L'efficacité du FNAEG fait l'objet d'analyses dans la quatrième partie de ce rapport. Cf. IV, p. 89 et s.

²⁴⁰ Cf. l'alimentation réelle du FNAEG, p. 67.

²⁴¹ Cons. const., déc. 16 sept. 2010, n° 2010-25, QPC, JORF 16 sept. 2010, p. 16847.

²⁴² Crim., 11 juin 2010, n° 09-88.083, 12071, QPC.

FNAEG par rapport au droit à la vie privée de chaque individu (1), puis la légitimité du FNAEG au regard de la sécurité juridique (2).

1. Consultation effective versus vie privée

La prolifération des fichiers semble, pour beaucoup, une préoccupation juridique plutôt secondaire. Ces fichiers ne seraient que des instruments techniques mis à la disposition des autorités (police nationale, gendarmerie nationale, justice) toujours dans un but honorable, puisqu'ils sont principalement destinés à faciliter la résolution des enquêtes pour les uns, à gérer la vie de tous les jours pour les autres et à prévenir et à garantir la sécurité de tous en général. Le FNAEG n'échappe pas à cette posture. Pour autant, il peut tout de même être source de questionnements juridiques. « *L'idéologie sécuritaire* »²⁴³ ne connaît-elle plus de limites ou est-elle, *a contrario*, bornée, au nom des libertés fondamentales reconnues à chaque personne ? Comment arbitrer l'intérêt collectif face aux enjeux individuels ?

Du reste, si le Conseil constitutionnel a estimé que le prélèvement externe, puisque n'impliquant aucune intervention corporelle interne, ni aucun procédé douloureux ou intrusif, n'est pas attentatoire à la dignité des personnes, la Cour européenne des droits de l'homme semble, elle, se positionner en défaveur d'un tel fichage. En effet, elle considère depuis longtemps que « *le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8* »²⁴⁴. Elle estime qu'il est indifférent que seule une petite partie des informations personnelles contenues dans les échantillons cellulaires soit en réalité extraite, enregistrée puis consultée (l'ADN non codant)²⁴⁵. Par la suite, la Cour a eu l'occasion de préciser, dans une affaire S. et Marper c/ Royaume-Uni du 4 décembre 2008, qu'une conservation non bornée dans le temps « *ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu* »²⁴⁶. Afin de répondre aux interrogations, mais aussi de s'assurer que le cadre juridique du FNAEG ne viole pas la Convention Européenne des Droits de l'Homme (ce qui exposerait la France à une

²⁴³ J. ROBERT, « Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques », RDP 1986, p. 1651 ; N.DEFFAINS et B.PLESSIX, « Fichiers informatiques et sécurité publique », PUN 2013.

²⁴⁴ Cour EDH, 26 mars 1987, n° 9248/81, Leander c/ Suède.

²⁴⁵ Cour EDH, 26 mars 1987, n° 9248/81, Leander c/ Suède : « *selon la Cour, le fait que les profils ADN fournissent un moyen de découvrir les relations génétiques pouvant exister entre des individus suffit en soi pour conclure que leur conservation constitue une atteinte au droit à la vie privée de ces individus (...) le fait que, l'information étant codée, elle ne soit intelligible qu'à l'aide de l'informatique et ne puisse être interprétée que par un nombre restreint de personnes ne change rien à cette conclusion* ».

²⁴⁶ Cour EDH, 4 déc. 2008, n° 30562/04 et 30566/04, S. et Marper c/ Royaume-Uni.

condamnation prochaine²⁴⁷ à l'instar d'autres Etats-membres), le présent rapport se propose d'étudier dans une première partie les durées de conservation des données contenues FNAEG (a), puis dans une seconde partie d'évoquer les procédures d'effacement des données (b). Bien que la lecture de la collecte des décisions et des entretiens conduits durant l'étude ne soulève pas directement ces deux points, ils nous apparaissent essentiels à la bonne compréhension du FNAEG et à la mesure de son efficacité.

a. Les durées de conservation des données

Une fois enregistrées dans le FNAEG, la consultation des données ne s'opère pas *ad vitam aeternam*. La loi a prévu un délai fixe pour les résultats concernant les personnes condamnées ou suspectées. Un terme de 40 ans est prévu par l'article R. 53-14 du Code de procédure pénale pour les données relatives aux personnes condamnées à l'une des infractions visées par l'article 706-55 du Code de procédure pénale²⁴⁸.

Par dérogation, les données relatives à des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions visées par l'article 706-55 du Code de procédure pénale ne peuvent être conservées au delà de 25 ans à compter de la demande d'enregistrement. Le même article prévoit toutefois la possibilité de retrouver le délai de principe de 40 ans pour ces personnes, si elles font l'objet « *d'une décision de classement sans suite, de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement exclusivement fondée sur l'existence d'un trouble mental* » ; 40 ans à compter de la date de la décision. La dérogation de 25 ans imposé par le législateur permet à la France de répondre – ou plutôt de tenter de répondre, puisque la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer – à l'exigence non seulement d'un terme, mais aussi à l'exigence de proportionnalité. Aussi, les personnes condamnées et les personnes suspectées ne peuvent pas *de facto* connaître la durée de conservation, sauf si la situation l'exige pour les personnes suspectées (une décision de classement sans suite, de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement exclusivement fondée sur l'existence d'un trouble mental).

Précisons toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France le 18 juillet 2013 en raison de la durée de conservation de 25 ans prévue pour les données

²⁴⁷ Notons que la France a déjà été condamnée pour son fichier automatisé des empreintes digitales. V° Cour EDH, 18 juill. 2013, n° 19522/09, M. K. c/ France ; Cour ADH 18 sept. 2004, n° 2010/10, RSC 2015, p. 165, obs. D. ROETS.

²⁴⁸ Art. R. 53-14, C. proc. pén. : « *les informations enregistrées ne peuvent être conservées au-delà d'une durée de 40 ans à compter (...) soit de la demande d'enregistrement, (...) soit du jour où la condamnation est devenue définitive ou, si cette date n'est pas connue du gestionnaire du fichier, du jour de la condamnation (...)* ».

contenues dans le fichier automatisé des empreintes digitales. La Cour considère en effet qu'une telle durée est assimilable à une conservation indéfinie et s'analyse dès lors en « *une atteinte disproportionnée au droit du requérant a respect de sa vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique* »²⁴⁹. Au vu du caractère sensible des données résultant des prélèvements génétiques, et malgré les efforts du législateur pour prévoir des durées distinctes pour les personnes condamnées et les personnes suspectes, le droit français pourrait être considéré comme contraire à la convention par la Cour européenne des droits de l'homme.

b. Les procédures d'effacement des données

Une fois enregistrées dans le FNAEG, la consultation des données ne s'opère pas *ad vitam aeternam*, non seulement parce que la loi a prévu des délais de conservation, mais aussi parce qu'elle a mis en place des procédures d'effacement des données²⁵⁰. Les durées de conservation n'excluent pas un effacement plus rapide des données. La loi a prévu dans certains cas un effacement automatique et dans d'autres, un effacement sur décision d'un magistrat. En ce qui concerne les empreintes génétiques issues d'un cadavre non identifiées enregistrées dans le cadre d'une procédure pour recherche des causes de la mort et les empreintes génétiques d'une personne disparue, ainsi que celles de ses ascendants et descendants, il n'a pas été prévu un délai déterminé de conservation. Il a été imaginé un effacement immédiat et automatique dès lors que la personne décédée est identifiée dans la première hypothèse²⁵¹ et que la personne disparue a été découverte dans la seconde²⁵². Dans le premier cas, l'effacement se fait dès réception par le service gestionnaire du fichier d'un avis l'informant de l'identification définitive de la personne décédée. Dans le second, l'effacement se fait à réception de l'avis de découverte ou sur demande de retrait des ascendants et descendants²⁵³. Notons que s'il est certain qu'un terme pourrait exister un jour, il n'est pas assuré qu'il se réalise. Encore faut-il identifier un cadavre ou découvrir une personne disparue – vivante ou décédée.

Les empreintes des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions visées par l'article 706-55 du Code de procédure pénale peuvent être effacées sur instruction du

²⁴⁹ V° Cour EDH, 18 juill. 2013, n° 19522/09, M. K. c/ France.

²⁵⁰ Cf. V. BIANCHI, « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJ. pén.* 2007, p. 420.

²⁵¹ Art. R. 53-14-1, C. proc. pén.

²⁵² Art. R. 53-14-2, C. proc. pén.

²⁵³ Art. R. 53-13-1, C. proc. pén.

procureur de la République agissant d'office ou à la demande de l'intéressé lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier²⁵⁴. Précisons également qu'il n'y a pas de possibilité d'effacer avant le terme les résultats relatifs aux empreintes génétiques des personnes définitivement condamnées. Pour cette procédure d'effacement sur décision d'un magistrat, « *les articles R. 53-13-1 à R. 53-13-6 du Code de procédure pénale établissent une procédure complexe dont le souci véritable semble de ralentir la procédure d'effacement* »²⁵⁵. Le procureur de la République compétent est celui de la juridiction dans le ressort de laquelle a été menée la procédure ayant donné lieu à l'enregistrement des données. Lorsqu'il est saisi par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou par déclaration au greffe, le magistrat doit faire connaître sa décision dans un délai de trois mois par lettre recommandée. A défaut, ou en cas de refus, le juge des libertés et de la détention peut être saisi dans un délai de 10 jours suivant les mêmes conditions formelles. Ce dernier doit statuer par ordonnance motivée dans un délai de deux mois. En cas d'absence de décision dans le délai de 2 mois, ou si le magistrat ne décide pas de l'effacement, l'intéressé peut, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou déclaration au greffe, interjeter appel dans un délai de 10 jours devant le Président de la chambre de l'instruction. Sa contestation doit être motivée à peine d'irrecevabilité. Le Président de la chambre de l'instruction doit alors statuer dans les 3 mois, par ordonnance motivée, après avoir sollicité les réquisitions écrites du procureur général. La décision qu'il prend est notifiée au procureur de la République et, par lettre recommandée, au demandeur. Un pourvoi en cassation est enfin possible, mais il ne peut, logiquement, n'être fondé que si la décision ne satisfait pas le cadre procédural. Dans notre corpus de décisions nous n'avons recensé qu'une seule affaire où il a été demandé (et décidé) d'un tel effacement. La complexité de la procédure d'effacement sur demande (et non automatique) rebute-t-elle vraiment les éventuels intéressés ou d'autres causes doivent-elles être recherchées²⁵⁶ ?

2. Consultation effective versus sécurité technique et juridique

Au delà de la question potentielle de l'ingérence dans la vie privée des individus faisant l'objet d'un enregistrement au FNAEG, suffisamment justifiée ou non, la consultation du fichier se heurte également à des difficultés techniques et juridiques. L'étude empirique menée devant les juridictions meurthes-et-mosellanes sur la période 2003-2013 nous a permis

²⁵⁴ Art. 706-54, C. proc. pén.

²⁵⁵ C. BYK, « Fichier national automatisé des empreintes génétiques », *JurisClasseur Procédure pénale*, art. 706-54 à 706-56, n° 98.

²⁵⁶ Comme l'ignorance ou la méconnaissance du fichage, l'ignorance ou la méconnaissance de la procédure, etc.

d'en identifier un certain nombre. Ces problèmes interrogent quant au respect général de la sécurité juridique, qui a pour objectif de protéger les citoyens contre les effets secondaires négatifs du droit²⁵⁷, le FNAEG ne contrarie-t-il pas trop ostensiblement la sécurité juridique ? Pour apporter des éléments de réponses tangibles à cette question sensible, sont abordées successivement les problèmes techniques identifiés (a), puis les problèmes juridiques observés (b), en tentant d'y apporter des solutions.

a. Les difficultés techniques

Au delà des difficultés au sujet de la qualité des prélèvements²⁵⁸ (contamination possible des prélèvements, qualité du prélèvement – ADN mélangés ou allèles rares) ou de l'alimentation du fichier (incertitudes quant au nombre de prélèvements réellement exploités et réellement enregistrés), la consultation du FNAEG soulève également des questions techniques. La principale consiste dans la détermination exacte du nombre de fiches redondantes. En effet, tous les acteurs interrogés dans le cadre de notre étude font état d'un pourcentage incertain mais d'une réalité assurée : certains individus ont plusieurs fiches, mais combien ? En conséquence, les 2 547 499 profils génétiques enregistrés au 1^{er} septembre 2013²⁵⁹ ne correspondent pas à 2 547 499 personnes différentes. Des doublons existent et ils peuvent connaître au moins trois origines différentes.

Il peut tout d'abord s'agir d'erreurs matérielles commises au moment de l'enregistrement des données provenant d'une inattention de l'agent qui opère l'inscription, voire d'un mensonge de la personne concernée par les informations. En effet, les enquêteurs (police et gendarmerie) et les laboratoires interrogés nous ont confirmé que la moindre différence d'écriture lors de la consultation du FNAEG indique à l'agent que l'individu n'est pas fiché et donne nécessairement lieu à la création d'une nouvelle fiche. Il peut donc s'agir d'une erreur involontaire (une faute d'orthographe) ou d'une volonté de l'individu qui doit être fiché pour tromper les enquêteurs (fournir un nom d'emprunt, un alias, un nom à la même homophonie mais à l'écriture distincte, voire même des papiers d'identités aux écritures distinctes). Il y a autant de fiches que d'erreurs matérielles effectuées pour un seul et même individu. Des chiffres inquiétants, comme 8 fiches pour une seule et même personne, ont été avancés. Pour résoudre cette difficulté, plusieurs solutions peuvent être proposées, plus ou moins réalisables.

²⁵⁷ En particulier des incohérences ou de la complexité des lois et règlements, et même de leurs changements trop fréquents.

²⁵⁸ Cf. I, p. 17 et s.

²⁵⁹ Question écrite du député S. CORONADO, n°40427, JORF 22 oct. 2013, p. 10984 ; Réponse du ministre de l'intérieur, JORF 5 août 2014, p. 6753.

La première idée consiste à imaginer permettre la consultation du FNAEG – et donc la comparaison avec les fiches déjà enregistrées dans la base – *via* l’empreinte génétique elle-même et non par le nom de l’intéressé. Cette solution, bien qu’assurant une efficacité plus grande du fichier et offrant la garantie que les doublons ne se rencontreraient plus, présente un inconvénient majeur, son coût, puisqu’elle oblige à systématiquement prélever et à exploiter les prélèvements, et ce avant toute consultation du FNAEG. La seconde solution, moins onéreuse mais moins efficace, consiste à utiliser un identifiant anonyme pour marquer les données au sein du fichier et pour effectuer une comparaison (en lieu et place du nom des personnes là encore). Un identifiant anonyme éviterait assurément les problèmes d’alias, noms d’emprunt ou d’homophonies. Et pour limiter – et non éviter assurément – les erreurs matérielles, qui peuvent être commises aussi bien avec les chiffres qu’avec les lettres, il suffirait d’utiliser des identifiants chiffrés déjà existants, comme les références des pièces d’identité ou encore le numéro d’assuré social.

Une deuxième origine à la présence de doublons au sein du FNAEG peut être identifiée dans le cas d’ADN « trafiqués ». Le législateur interdit et sanctionne le fait, pour une personne sujette à un prélèvement, de commettre ou de tenter de commettre des manœuvres destinées à substituer à son propre matériel biologique le matériel biologique d’une tierce personne, avec ou sans son accord²⁶⁰. Il est possible d’imaginer que certains parviennent à commettre l’infraction et donc à fausser le fichage.

Enfin, la redondance de certaines fiches peut également résulter des consultations non systématiques du FNAEG avant de décider et d’effectuer un prélèvement aux fins d’alimentation du FNAEG. Pour rappel, les résultats de notre étude démontrent que sur les 401 affaires de notre base de données, dans seulement 23 dossiers figurait la mention d’une consultation du fichier préalable au prélèvement. Bien que différents facteurs permettant d’expliquer la bassesse de ce chiffre aient été proposés, il semble impossible d’affirmer que la consultation préalable est systématique. Or, plus les prélèvements et les exploitations sont multipliés, plus les risques d’erreurs matérielles augmentent en conséquence au moment de l’enregistrement ; et plus la possibilité de créer un doublon survient. Qui plus est, une consultation automatique *ante* prélèvement ne coûterait pas d’argent (elle pourrait juste demander du temps, parfois précieux) mais en ferait au contraire économiser au vu du nombre de prélèvements et des exploitations inutiles ainsi évités.

²⁶⁰ Art. 706-56 II, C. proc. pén. Le délit est puni d’une peine de trois ans d’emprisonnement et de 45 000 euros d’amende.

b. Les difficultés juridiques

Notre étude a également permis de détecter plusieurs ambiguïtés juridiques qui heurtent la sécurité juridique. Ces ambivalences concernent essentiellement la circulation des informations enregistrées dans le FNAEG et nous conduit à préciser les modalités d'accès au contenu du fichier. Le Code de procédure pénale prévoit un accès partiel ou total selon les hypothèses. Selon l'article R. 53-17, l'accès complet est réservé en principe au magistrat chargé du contrôle et aux membres du comité qui l'assiste dans cette tâche. L'article R. 53-18 du même Code autorise toutefois le même accès aux personnels de la sous-direction de la police scientifique et technique de la direction centrale de la police judiciaire et aux personnels de la gendarmerie nationale affectés dans le service mettant en œuvre le traitement du fichier²⁶¹. Leurs interventions ne se font qu'à la demande de l'autorité judiciaire ou des officiers de police judiciaire de la police nationale ou de la gendarmerie. En effet, les OPJ ne disposent que d'un accès restreint : ils ne peuvent accéder directement au fichier que pour vérifier si y figure l'état civil d'une personne susceptible de faire l'objet d'un prélèvement biologique sans qu'aucune autre donnée mentionnée au fichier n'apparaisse. Il est même prévu un dispositif de contrôle de ces conditions d'accès afin de retracer par suivi informatique la consultation du fichier. Le système semble offrir suffisamment de garanties pour la protection des données et leur accès en lecture. Cependant, l'article R. 53-18 du Code de procédure pénale précise que les officiers de police judiciaire de la police nationale ou de la gendarmerie nationale peuvent demander aux personnels de la sous-direction de la police technique et scientifique de la direction centrale de la police judiciaire de la police nationale et ceux de la gendarmerie nationale, spécialement affectés dans le service mettant en œuvre le traitement, et dûment habilités « *assurer l'alimentation du fichier, avoir accès aux informations enregistrées et procéder aux opérations de rapprochement* ». Si l'article ne l'indique pas expressément, ces personnels transmettent donc les informations à l'OPJ qui leur demande de consulter le FNAEG et d'effectuer une comparaison. Les OPJ ont donc accès à des informations auxquelles ils n'ont pas accès *via* le casier judiciaire, sans l'intervention d'un magistrat. En effet, la loi prévoit que le relevé intégral des fiches du casier judiciaire (le bulletin n°1) n'est délivré qu'aux autorités judiciaires²⁶². Qui plus est, le législateur a imaginé

²⁶¹ Ajoutons que les personnels affectés au service central de préservation des prélèvements biologiques et dûment habilités peuvent accéder directement aux données enregistrées dans le fichier, à l'exception de celles relatives aux résultats d'analyse. Ils peuvent y enregistrer des informations relatives aux scellés.

²⁶² Art. 774, C. proc. pén. L'alinéa 3 ajout tout de même que « *le bulletin n° 1 peut également être délivré aux greffes des établissements pénitentiaires afin de compléter les dossiers individuels des personnes incarcérées, ainsi qu'aux directeurs des services pénitentiaires d'insertion et de probation, afin de leur permettre*

des procédures d'effacement du casier judiciaire (plus ou moins rapide selon le bulletin concerné, la nature et la gravité de la condamnation)²⁶³ qui sont bien inférieures aux délais de conservation des données sur le FNAEG (25 ou 40 ans selon les cas). Par le FNAEG, un OPJ de la police nationale ou de la gendarmerie peut donc avoir un accès – indirect mais sans nécessairement passer par l'intervention d'un magistrat – à des informations communes au bulletin n°1 du casier judiciaire ; informations auxquelles il n'a jamais accès *via* le casier judiciaire – directement ou indirectement – sans l'intervention d'un magistrat. Le système paraît complexe et interroge. L'intervention d'un magistrat, garant du respect des principes de la procédure pénale, ne devrait-elle pas être systématique ? La situation s'obscurcit davantage lorsqu'il est rappelé que le FNAEG ne contient pas que des profils génétiques de personnes condamnées, mais aussi des personnes simplement soupçonnées pour l'une des infractions de l'article 706-55 du Code de procédure pénale. L'accès aux données contenues dans le fichier, tel que prévu par les articles R. 53-17 et R. 53-18 du Code de procédure pénale suscite inévitablement la critique.

Un tel accès, même indirect, pour un OPJ interpelle tout d'abord quant au droit à l'oubli pour les personnes condamnées. Nous venons de préciser que le Code de procédure pénale organise un droit à l'effacement progressif d'une partie du contenu des fiches des bulletins n°2 et 3 du casier judiciaire. Cet effacement participe depuis sa création au droit à l'oubli ; il en est l'essence même²⁶⁴. La multiplication des fichiers fait naître depuis longtemps « *dans l'esprit des défenseurs des libertés la question de l'effacement des données qu'ils contiennent* »²⁶⁵. Et le FNAEG n'échappe pas à la règle. Les stigmates d'une condamnation figurent dans le fichier longtemps et sont indirectement accessibles par un OPJ sans l'intervention obligatoire d'un magistrat. Si la situation met à mal la sécurité juridique et si elle semble remettre en cause le droit à l'oubli, ce n'est pas tant par la durée de conservation de cette mention, mais en raison de cet accès indirect. Qui plus est, est-ce vraiment nécessaire pour un enquêteur d'avoir accès à la nature de l'affaire ayant donné lieu à la création d'une fiche dans le FNAEG et le rôle – réel ou supposé – que l'intéressé y a joué ? Est-ce utile à la satisfaction de la mission du fichier qui ne devrait être qu'un outil destiné à être consulté par les enquêteurs afin de pouvoir effectuer des comparaisons et espérer obtenir rapidement des

d'individualiser les modalités de prise en charge des personnes condamnées, notamment de proposer, pour les personnes incarcérées, un aménagement de peine ou une libération sous contrainte ».

²⁶³ Art. 769 et s., C. proc. pén.

²⁶⁴ D'autres mécanismes visent le même droit à l'oubli, comme la prescription de l'action publique et la prescription des peines.

²⁶⁵ M. HERZOG-EVANS, S. GRUNVALD, V. BIANCHI et E. SERFASS, « Effacement des condamnations : peut-on encore parler de droit à l'oubli ? », *Dalloz actualité* 8 nov. 2007.

informations fiables. Pour permettre de « *faciliter l'identification et la recherche des auteurs des infractions* »²⁶⁶, est-il nécessaire que soient transmises ces informations, interdites d'accès direct ou indirect aux OPJ par ailleurs ?

L'accès à ces informations litigieuses interpelle tout autrement lorsque sont ajoutées aux côtés des personnes condamnées les personnes simplement soupçonnées. Pour elles, comme pour les personnes condamnées, c'est surtout la présomption d'innocence²⁶⁷ qui peut être mise à mal. Comment s'assurer qu'un enquêteur n'est jamais influencé par les résultats d'une comparaison avec le FNAEG qui mentionne qu'un individu déjà impliqué dans une affaire, même non condamné, était par exemple, présent sur les lieux d'une infraction ? Ne serait-ce pas afin d'éviter à tout prix un risque d'erreur judiciaire, aussi faible soit-il, qu'un accès au bulletin n°1 du casier judiciaire n'a pas été imaginé pour les OPJ ? Non seulement la l'analyse théorique permet d'envisager la réalité du risque, mais certains des entretiens menés dans le cadre de notre étude abondent en ce moment. A ce titre, le procureur de la République interrogé considère que l'utilisation des caractéristiques génétiques, qu'il décrie, a un effet pervers sur les enquêteurs et qui modifie leurs réflexes : obtenir à tout prix un prélèvement ADN et considérer largement (trop ?) les résultats obtenus. Nous avons déjà démontré que la preuve ADN n'est pas la reine des preuves pour les magistrats²⁶⁸. Aussi, il nous semble qu'afin d'éviter le risque d'influence susceptible de naître avec les informations obtenues auprès des personnels dûment habilités, ne devrait jamais être communiquée que la seule identité de la personne à qui appartient la trace, sans plus mentionner les informations relatives à la nature de l'affaire précédente. Ce ne devrait pas être la recherche d'un résultat ADN à tout prix, mais la recherche de la Justice et de la sécurité juridique à tout prix.

IV. L'ADN n'est pas la reine des preuves !

Pour reprendre les propos de Claude Champaud, « *Dominée par l'esprit scientifique, subjuguée par les technologies, notre Société et ses médias créditent a priori toute sentence expertale d'une présomption de véracité* »²⁶⁹. C'est effectivement dans ce contexte sociétal

²⁶⁶ Art. 706-54, C. proc. pén.

²⁶⁷ Art. préliminaire III, C. proc. pén. : « *Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi* ».

²⁶⁸ Cf. II, p. 40 et s.

²⁶⁹ C. CHAMPAUD, « *Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire* », in *Mél. En l'honneur de H. Blaise*, Economica, 1995, p. 64.

que la preuve ADN, présentée comme la « reine des preuves »²⁷⁰, apparaît à la fois comme une source particulièrement fiable en matière d'identification et comme une source de légitimation de la décision judiciaire. La société ne cesse d'encenser la fiabilité de la « preuve ADN » et pourtant les résultats de notre étude conduisent à remettre en cause le caractère prépondérant du recours à l'expertise des empreintes génétiques tant pour l'identification de suspects qu'en tant que mode probatoire. En effet, comme démontré précédemment, la « preuve ADN », ou plus précisément le recours à l'expertise des empreintes génétiques, a une double vocation : elle est un moyen d'enquête permettant d'orienter les enquêteurs (tout particulièrement par l'identification d'un suspect²⁷¹) et un mode de preuve permettant de convaincre le juge, dans son intime conviction, de la solution à donner au procès. Ainsi, la dénomination générique de « preuve ADN » n'est pas parfaitement juste quant à l'utilisation qui est faite de l'ADN dans les procédures pénales mais illustre sa valeur scientifique : l'ADN « fait preuve », il permet d'établir une vérité scientifique et, de ce point de vue, se suffit presque à lui-même. C'est du moins la perception sociale dont bénéficie l'expertise génétique. Or, cette conception favorable se justifie à la fois par la faveur de l'opinion publique pour la science et par la construction médiatique de l'utilité primordiale de l'ADN dans la résolution des affaires criminelles. Une telle perception est encore accentuée par les acteurs de la procédure qui sont eux-mêmes plutôt convaincus de l'intérêt essentiel de la preuve ADN. Pourtant, la perception sociale de la preuve ADN apparaît idéalisée (A) au vu de son utilité toute relative dans les procédures pénales (B). Ce constat conduit dès lors à s'interroger sur la systématisation du fichage, la balance entre les différents intérêts (probatoires, économiques, juridiques) ne permettant pas de conclure à la nécessité réelle du choix de politique publique opéré (C).

A. La perception idéalisée de la preuve ADN

L'ADN ne serait-elle pas la preuve parfaite²⁷² ? Sa fiabilité²⁷³ ne permettrait-elle pas d'en faire le premier élément d'enquête avant même le témoignage, la garde à vue ou les perquisitions ? Il ne fait aucun doute que l'ADN, en tant que preuve scientifique bénéficie des faveurs de l'opinion publique. Il est certain également que cette fiabilité des empreintes génétiques ne manque pas d'être mise en avant par la presse, contribuant à créer un mythe du

²⁷⁰ E. ALLAIN, « La reine des preuves », *AJ pén.*, 2015, p. 47.

²⁷¹ Cf. I et II, p. 17 et s.

²⁷² P. REVIRON, « L'ADN la preuve parfaite ? », *AJ pén.*, 2012, p. 590.

²⁷³ Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, « Rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire », Par M. C. CABAL, 7 juin 2001.

rôle prépondérant de l'ADN dans les procédures pénales (1). Parallèlement, malgré l'expérience de terrain, les acteurs de la procédure paraissent tout autant convaincus de l'intérêt de cette « reine des preuves » allant jusqu'à avancer, quasi-unaniment, que si l'expertise ADN avait pu être entreprise depuis plus longtemps de nombreuses affaires n'ayant pas abouti auraient pu être résolues (2). L'analyse de la vision tant médiatique que judiciaire conforte l'impression d'idéalisation de la perception de la preuve ADN.

1. La perception médiatique

Les affaires médiatisées au niveau départemental de la Meurthe-et-Moselle et régional de la Lorraine tout autant qu'au niveau national permettent d'illustrer à la fois la faveur inconditionnelle pour la preuve scientifique (a) et la réalité moins flamboyante du recours à l'analyse ADN (b).

a. Le culte médiatique de la preuve ADN

Afin d'illustrer la perception médiatique de l'utilité de la preuve ADN, des affaires meurthe-et-mosellanes, lorraines et nationales peuvent être évoquées.

La Meurthe-et-Moselle, département lorrain comme les Vosges, reste profondément marqué par « l'affaire du petit Grégory » toujours non-résolue. Les affaires criminelles défrayant la chronique sont rares²⁷⁴, celles résolues grâce à l'analyse ADN ou non-résolues malgré le recours aux empreintes génétiques le sont également. Toutefois, une affaire criminelle de la fin des années 1980 a été à nouveau médiatisée au début 2014 lorsque l'analyse de l'ADN prélevé sur une victime assassinée en 1987 en Meurthe-et-Moselle a permis d'identifier la personne qui avait été acquittée. Il s'agit de l'affaire Jacques Maire du nom de l'individu soupçonné du meurtre de Nelly Haderer mais aussi d'Odile Busset, disparue également à Dombasle-sur-Meurthe sans jamais avoir été retrouvée. Jugé par les assises de Meurthe-et-Moselle en 2004, Jacques Maire avait été condamné à 15 ans de réclusion criminelle pour l'enlèvement et la séquestration d'Odile Busset et acquitté pour l'enlèvement et le meurtre de Nelly Haderer. Rejugé par les assises des Vosges en appel, il a ensuite été condamné à 20 ans de réclusion criminelle pour les deux affaires. Toutefois, suite au renvoi après cassation, il est finalement acquitté pour les deux affaires par la cour d'assises de Moselle en 2008. Six ans après l'acquittement, l'analyse de l'ADN retrouvé sur la victime a permis d'identifier le profil génétique de Jacques Maire, ce qui a conduit la presse à s'interroger sur l'issue des procès.

²⁷⁴ F. VOLOT, *Les grandes affaires criminelles de Meurthe-et-Moselle*, De Boree, 2009.

L'importance de la preuve ADN n'a pas manqué de faire la Une et de transparaître dans les titres des différents articles : « Meurtre de Nelly Haderer : le coup de théâtre de l'ADN » (L'Est Républicain), « Meurtre non élucidé : 27 ans après, l'ADN parle » (Le Figaro), « Meurtre de Nelly Haderer : l'ADN désigne le suspect acquitté » (Europe 1), « Affaire Haderer : Jacques Maire acquitté à tort ? » (Franceinfo), « L'ADN met en cause un suspect pourtant définitivement acquitté » (20 minutes), etc. Cette affaire conforte aussi l'idée des acteurs de la procédure selon laquelle l'ADN aurait été utile depuis de nombreuses années et aurait permis la résolution de certaines affaires y compris graves. En effet, dans l'affaire Haderer, Jacques Maire ne peut plus être inquiété, sa condamnation étant définitive. L'ADN est ainsi « arrivé trop tard » ce qui a profondément marqué les esprits.

Au niveau du département de la Meurthe-et-Moselle, une autre affaire peut être brièvement évoquée : l'affaire « Berenyss » du nom de la fillette de 7 ans enlevée en avril 2015 à Sancy en Meurthe-et-Moselle et déposée par son ravisseur 8h après dans un petit village meusien. L'ADN du ravisseur présumé (soupçonné d'agression sexuelle) a été retrouvé sur la fillette et a permis son identification, l'individu était fiché au FNAEG suite à un ancien dépôt de plainte l'ayant mis en cause. L'analyse de l'ADN a ainsi non seulement permis l'identification du suspect mais aussi son interpellation moins de 24 heures après l'enlèvement. La place déterminante de l'empreinte génétique pour l'avancée de l'affaire a été particulièrement soulignée par les médias : « Le ravisseur présumé de Berenyss, identifié grâce à des prélèvements ADN » (L'Est Républicain), « Enlèvement de Berenyss : le ravisseur trahi par son ADN » (France 3 Régions), « Enlèvement de Berenyss : l'ADN a parlé » (Le Huffington Post), « Enlèvement de Berenyss : l'homme interpellé confondu par son ADN (Bfmtv), etc.

Au niveau régional, des affaires correctionnelles viennent illustrer l'intérêt de la presse pour la preuve ADN. Par exemple, il peut être rapportée l'histoire d'un petit cambrioleur ayant laissé son ADN sur la lampe frontale utilisée lors d'un vol dans un salon de coiffure et ayant au préalable laissé son ADN en s'étant coupé avec le verre de la vitre qu'il avait brisée pour cambrioler les locaux d'une association sportive. Les articles de presse n'indiquent pas comment les enquêteurs sont parvenus à accoler une identité sur les traces recueillies mais mettent en avant le rôle essentiel de l'ADN : « Metz : le cambrioleur trahi... par son ADN ! » (Le Républicain Lorrain, 30 mai 2016). En matière de cambriolage, l'intérêt de l'ADN pour l'identification d'un suspect est fréquemment rappelé : « Cambrioleur piégé par ses empreintes et son ADN à Verdun » (L'Est Républicain, 2012), « Maxéville : Voleur trahi par son ADN » (L'Est Républicain, 2014), « Longwy : le voleur présumé du « pistolet

radioactif » trahi par son ADN » (Républicain Lorrain, 2016), etc. Cet intérêt pour les vols élucidés grâce à l'expertise ADN se manifeste souvent avec un attrait supplémentaire pour les affaires « originales », y compris au plan national : « Champigneulle : son ADN sur une bouteille de champagne » (L'Est Républicain, 2017) ; « Toul : le pied nickelé du vol » (L'Est Républicain, 2017) ; « Un voleur confondu par son ADN sur un tire-bouchon » (L'Est Républicain, 2012, Angoulême), « Le voleur abandonne son étron... et son ADN » (L'Echo Républicain, 2016, Hauts-de-Seine), « L'ADN du voleur retrouvé sur des bouteilles bues pendant les cambriolages » (Le Dauphiné, 2017, Grenoble). En cette matière les articles de presse ne manquent pas, qu'ils évoquent des faits interpellant par leur originalité ou non, et avec toujours ce point commun du caractère prépondérant de l'ADN dans la résolution des affaires.

Au niveau national, certaines affaires criminelles particulièrement médiatisées ont aussi insisté sur l'utilité de l'ADN y compris pour la résolution de « *cold cases* »²⁷⁵. Ainsi, l'affaire Christelle Blétry en est une illustration parfaite : Christelle Blétry a été tuée d'une centaine de coups de couteau en 1996 mais ce n'est qu'en 2014, suite à de nouveaux prélèvements sur les scellés, que l'ADN matche avec un profil enregistré au FNAEG, celui de Pascal Jardin qui avait été condamné en 2004 pour une infraction permettant le fichage génétique. Le 2 février 2017, Pascal Jardin a été condamné à la réclusion criminelle à perpétuité pour viol et meurtre. Le traitement médiatique de cette affaire a mis en avant le laps de temps entre les faits et le caractère déterminant des analyses ADN : « Confondu par son ADN 18 ans après, un homme avoue le meurtre de Christelle Blétry » (L'Express), « Rattrapé par son ADN, le meurtrier présumé avoue 18 ans après les faits » (Le JDD), « Disparues de l'A6 : 17 ans après, le meurtrier de Christelle Blétry trahi par son ADN » (Bfmtv), etc.

D'autres affaires nationales mettent l'accent sur le fait que l'ADN permet l'avancée d'une enquête plusieurs années après les faits. Ainsi, à titre illustratif, deux Unes peuvent être mentionnées :

- « Le pompier trahi par son ADN dix-neuf ans après un meurtre » (Le Parisien, 2008) : il s'agit de l'affaire Evelyne Boucher, décédée en 1987. En 2006, un pompier du Gard se bagarre pour une place de parking, il est condamné pour violences volontaires et son ADN enregistré au FNAEG. Son profil matche alors avec les empreintes génétiques prélevées sur l'adolescente. Il est condamné à la réclusion criminelle à perpétuité.

²⁷⁵ Pour reprendre la terminologie anglo-saxonne désignant les affaires non résolues.

- « Affaire Omar Raddad : l'ADN "matche" avec un autre nom... » (Le Républicain Lorrain, 2016) : il s'agit de l'affaire dont la scène de crime a marqué les esprits, la victime, Ghislaine Marchal, ayant écrit avec son sang « Omar m'a tuer » avant de décéder. L'affaire n'est toujours pas résolue mais les comparaisons effectuées ont relancé l'enquête.

Pour autant, il faut bien comprendre que le traitement médiatique d'une situation est rarement représentatif du cas général car la presse a l'ambition d'interpeller, d'intéresser, de susciter l'émotion, or le quotidien pénal est plutôt banal, répétitif, peu attrayant. Ce constat transparait également d'une analyse fouillée de la perception médiatique de la preuve ADN.

b. La réalité médiatique de la preuve ADN

Il paraît évident que les affaires les plus médiatisées mettent l'accent sur le caractère déterminant de l'ADN car c'est ce qui en fait leur intérêt médiatique, d'autant plus dans les affaires criminelles graves ou dans les affaires délictuelles banales mais divertissantes. Mais, sur l'ensemble des affaires délictuelles et criminelles ayant été médiatisées depuis le début des années 2000 en Meurthe-et-Moselle, seules quelques poignées ont été mises en valeur du fait du recours déterminant à l'ADN, ce qui implique *a contrario* que l'ADN n'est majoritairement pas déterminant dans le quotidien policier et judiciaire. Si l'ADN fait la Une c'est justement parce qu'il est rarement décisif et, s'il l'est, ce caractère est suffisamment interpellant pour mériter d'être évoqué. De nombreuses affaires médiatisées démontrent d'ailleurs, sans le mettre en avant, que le recours à l'analyse génétique n'est bien souvent qu'un moyen d'enquête comme un autre venant compléter le faisceau d'indices.

Au niveau local du département meurthe-et-mosellan, une affaire grave peut l'illustrer : il s'agit de l'affaire Perrine Wolff. Cette jeune trentenaire a disparu début juillet 2009 à Essey-lès-Nancy. L'enquête a débuté par des auditions de la famille, des amis et des collègues de la victime. Les officiers de police judiciaire découvrent rapidement que la jeune femme vit une relation sentimentale chaotique depuis plusieurs années avec un homme marié, Emmanuel Burtin, pompier à Nancy. Suite à un témoignage inculquant d'un collègue, Emmanuel Burtin est placé en garde à vue où il avoue avoir étranglé sa maîtresse avant de se débarrasser du corps. Pour gêner l'identification de la victime, il lui a arraché les dents et a brûlé partiellement le corps. Les expertises ADN ont été utilisées pour confirmer sa présence à l'endroit où le corps a été retrouvé. L'ADN n'a toutefois pas été beaucoup plus utile, d'autant plus que le suspect a invoqué en garde à vue une volonté de mourir commune qui les aurait conduits à improviser leur « suicide ». Les éléments de l'enquête ont cependant permis

d'établir qu'il cherchait depuis plus d'un mois un homme de main pour commettre le crime, que le trou dans lequel il avait jeté le corps avait été creusé la veille et que la victime avait été violée post-mortem. Cette affaire démontre que l'ADN n'a souvent qu'un intérêt marginal.

Les illustrations pourraient encore être multipliées, même en ne s'attachant qu'à des affaires graves, récentes et particulièrement médiatisées dans la région lorraine :

- « Assassiné par un commando à Nancy » (L'Est Républicain, 2016) ;
- « Octogénaire victime d'une tentative de meurtre à Bar-le-Duc » (L'Est Républicain, 2016) ;
- « Attaque du fourgon blindé à Metz-nord : dix ans d'enquête et après ? » (L'Est Républicain, 2017).

En outre, nombre d'affaires médiatisées relatives à l'ADN concernent des refus de prélèvement (alors que, comme démontré précédemment, le refus de prélèvement est marginal). Au plan national, pour évoquer l'affaire la plus récente, c'est le cas de Dominique Henry, militante paysanne du Haut-Doubs, condamnée en janvier 2017 à 750 euros d'amende pour avoir refusé de se soumettre à un prélèvement ADN. Ce n'est pas la première fois qu'un militant est condamné sur le fondement de cette infraction²⁷⁶ : l'affaire des « faucheurs anti-OGM » avait déjà défrayé la chronique en 2007 ; plus récemment des militants anti-loi travail ont également pu être inquiétés ; régulièrement des syndicalistes font l'objet de poursuites²⁷⁷.

Indubitablement, la presse n'hésite pas à valoriser, voire à glorifier, le rôle de l'ADN dans les procédures pénales, tout en, paradoxalement, le relativisant par la médiatisation bien plus récurrente des affaires dans lesquelles l'ADN n'a qu'un rôle marginal. Le culte de la preuve ADN transparaissant des affaires médiatisées doit être relativisé par le quotidien tant médiatique que policier et judiciaire. En effet, la même dichotomie se retrouve dans la perception des acteurs de la procédure : sensation d'utilité manifeste de l'ADN compte tenu de son rôle prépondérant dans quelques affaires et déni de son rôle accessoire au vu de l'ensemble des affaires traitées tant en matière correctionnelle que criminelle.

²⁷⁶ Art. 706-56, C. proc. pén.

²⁷⁷ Not. : « L'ADN des faucheurs d'OGM à la barre » (L'Humanité, 2007) ; « Loi Travail : Un militant prend deux mois ferme pour avoir refusé [*sic*] un prélèvement ADN à Strasbourg » (20minutes, 2016) ; « Prélèvement ADN : cinq militants CGT relaxés » (Le Monde, 2013).

2. La perception des acteurs de la procédure pénale

Tout aussi surprenant que cela puisse paraître au vu des résultats de notre recherche empirique²⁷⁸, les acteurs de la procédure pénale, quel que soit leur rôle, estiment globalement que l'ADN a un rôle essentiel à la fois pour l'identification d'un suspect et pour le prononcé de la « vérité judiciaire » (a). Pour autant, cette vision partagée par la plupart des acteurs n'est pas unanime, certains ayant une perception beaucoup plus nuancée de l'utilité de la preuve ADN (b).

a. La vision positive générale des acteurs de la procédure

La perception des acteurs de la procédure est globalement favorable à la fois quant à l'utilité de l'ADN pour l'identification de suspects (a.1) et quant à l'utilité de l'ADN pour l'issue du procès (a.2).

a.1. L'utilité de l'ADN pour l'identification

L'ADN est perçu par les officiers de police judiciaire comme un moyen d'enquête « facile » permettant aisément l'identification d'un suspect, du moins s'il n'y a pas d'identification dès le début de l'enquête. En effet, si de prime abord cette utilité manifeste est mise en avant, elle est assez rapidement nuancée par les enquêteurs qui admettent qu'elle est surtout utilisée lorsqu'aucun individu n'est suspecté dans les premières heures voire premiers jours suivant le constat de la commission d'une infraction. Ainsi, ils reconnaissent qu'il est finalement plus courant d'identifier un suspect par le flagrant délit, les témoignages voire la vidéo-surveillance. En conséquence, il peut être souligné qu'au vu du discours des OPJ de la police nationale ou de gendarmerie nationale, l'ADN paraît utile surtout pour orienter l'enquête à défaut d'identification d'un suspect dès le début de la procédure. De ce point de vue, le constat est corroboré par les résultats empiriques de notre étude²⁷⁹. Toutefois, en ce qui concerne cette utilité de l'ADN à défaut d'identification à court terme d'un suspect, le discours policier et les résultats de notre étude divergent puisque les premiers estiment que l'ADN est essentiel, qu'il permet d'identifier un individu lorsqu'aucune autre piste n'est envisagée (en particulier grâce aux profils enregistrés au FNAEG) et qu'il permet de résoudre « à lui-seul » des affaires pénales y compris de nombreuses années après les faits, alors que notre étude tend à prouver que l'ADN ne vient majoritairement qu'enrichir les éléments

²⁷⁸ Cf. II, p. 40 et s.

²⁷⁹ Dans le sens où les expertises ADN sont rares dans les affaires correctionnelles pour lesquelles un suspect est identifié dès le début de l'enquête.

d'enquête et qu'il est également souvent utilisé aux seules fins d'alimentation du FNAEG (donc à des fins extérieures à la résolution de l'affaire en cause).

Compte tenu de ce ressenti positif concernant l'utilité de la preuve ADN, de nombreux acteurs estiment que le prélèvement des traces ADN et le fichage des profils génétiques devraient être systématisés, peu important leur coût, aucune économie ne pouvant justifier de prendre le risque de ne pas résoudre une affaire, d'autant plus qu'une affaire de faible gravité peut amener à la résolution d'une affaire grave, même plusieurs années ou décennies après sa commission (comme l'ont illustré les affaires médiatisées évoquées précédemment). Nombreux sont ceux qui ont également avancé que s'il avait pu être recouru plus tôt à l'expertise ADN maintes affaires auraient pu être résolues.

Parallèlement, il est préconisé par ces acteurs de développer l'utilisation qui est faite de l'ADN afin de prendre en compte les avancées scientifiques. Ainsi, il est envisagé par certains de prendre en compte les traces mélangées²⁸⁰, de développer la recherche en parentalité²⁸¹, d'exploiter la partie codante de l'ADN ou encore d'avoir recours à des segments d'ADN supplémentaires afin d'augmenter le nombre possible de comparaison.

Il ne fait aucun doute que les acteurs de la procédure pénale, tout particulièrement les acteurs de l'enquête, ont une perception très positive de l'utilité de l'ADN pour l'identification d'un suspect et l'avancée de l'enquête. Or, la perception des acteurs judiciaires est équivalente quant à la place de l'ADN pour l'issue du procès et la manifestation de la vérité.

a.2. L'utilité de l'ADN pour l'issue du procès

Pour reprendre les termes de membres du parquet de Nancy, l'ADN est une « assurance » dans le dossier pénal. Il a une force probante quasiment incontestable et, en pratique, incontestée. Alors que certaines expertises, tout particulièrement psychiatriques ou psychologiques, font l'objet de nombreux débats voire contre-expertises, l'expertise génétique est généralement considérée comme un acquis (c'est la valeur de la preuve scientifique !), que ce soit dans les dossiers correctionnels ou criminels. Ainsi, l'expertise génétique, lorsqu'elle corrobore d'autres éléments de preuve, rassure les magistrats, tant du parquet que du siège.

Toutefois, il faut noter que les magistrats du siège, bien qu'ils aient également une vision favorable de la preuve ADN, ont davantage conscience que les acteurs de l'enquête de son intérêt nuancé selon la matière. En effet, ils reconnaissent, au vu des dossiers qu'ils ont à

²⁸⁰ C'est-à-dire les traces comptant au moins deux ADN différents (voire plus).

²⁸¹ Cf. *infra*.

juger, que l'utilité est bien moindre en matière correctionnelle qu'en matière criminelle pour compléter le faisceau d'indices. Les enjeux différenciés des deux matières impliquent une utilité différenciée de l'expertise ADN.

Il est encore intéressant de relever que la perception des magistrats du siège et du parquet n'est pas tout à fait similaire, principalement parce que le parquet intervient dès le début de l'enquête et a donc une conception favorable de l'ADN découlant de son utilité supposée pour l'identification de suspect, alors que les magistrats du siège (hors juge d'instruction) interviennent une fois le dossier en état d'être jugé et ont dès lors une vision plus nuancée au vu de l'ensemble de la procédure.

Pour autant, si les divers entretiens menés nous ont amenés à dégager une perception générale de l'utilité de la preuve ADN, il n'en reste pas moins que certains acteurs se sont illustrés par une position davantage critique, voire sceptique quant à cet intérêt.

b. La vision nuancée de rares acteurs de la procédure

De manière provocatrice, un interlocuteur a qualifié l'utilisation des empreintes génétiques dans les procédures pénales de « tarte à la crème » afin de relativiser immédiatement l'intérêt de cette « reine des preuves » ! Le développement assez massif du recours aux expertises génétiques depuis le début des années 2000 aurait conduit à une certaine perte des réflexes traditionnels des enquêteurs qui auraient tendance au prélèvement systématique de l'ADN, voire à l'exploitation systématique ou aléatoire des prélèvements effectués, sans stratégie d'analyse. S'il est reconnu que l'ADN peut permettre d'orienter l'enquête, certains estiment qu'il peut aussi la circonscrire ! Toutefois, les acteurs ayant une vision plus mesurée de l'utilité de l'ADN relèvent eux-aussi que l'usage et l'intérêt de l'ADN sont variables selon les contentieux. Ainsi, il a pu être admis au sein de la police que pour la délinquance de masse, le prélèvement se fait effectivement de manière assez aléatoire mais que pour les infractions graves (qui relèvent de brigades spécialisées) la stratégie de recueil est anticipée, réfléchie, orientée, en coordination entre l'enquêteur et le scientifique. En outre, des différences importantes sont encore liées aux types d'infraction ou aux contextes infractionnels. Pour certaines infractions, aucun acteur ne se fait d'illusion quant à l'utilité de l'ADN : tel est le cas par exemple, dans les dossiers traités *a minima* dans le cadre de notre étude, de la construction sans permis, de l'abus de confiance, de la contrefaçon, de l'outrage, de la banqueroute, conduite sous l'empire d'un état alcoolique, etc.

Il a également pu être évoqué que l'ADN bénéficie d'une perception positive compte tenu de sa valeur de preuve scientifique irréfutable²⁸² mais que pour autant son caractère infaillible ne devait pas être idéalisé, un certain nombre de failles étant d'ores-et-déjà connues, en particulier l'inversion ou la contamination d'échantillons²⁸³ et l'intravariabilité génétique²⁸⁴. En outre, l'utilisation à mauvaise escient de la preuve scientifique dans la manifestation de la vérité judiciaire n'est pas non plus à écarter²⁸⁵. Il est essentiel d'avoir à l'esprit que l'expertise génétique n'a pas vocation à établir la culpabilité d'un individu !

A ces limites, de nombreux acteurs ajoutent un manque de dialogue entre les acteurs, des difficultés d'interprétation des expertises et manque de formation des magistrats (pour la coordination du prélèvement et de l'exploitation mais aussi pour la réception des rapports d'expertise), ces difficultés rendent l'accès à la preuve ADN complexe et, relativisent par conséquent son intérêt pour la manifestation de la vérité, au stade de l'enquête comme au stade du jugement.

Enfin, les magistrats du siège ont évoqué la gêne occasionnée par les poursuites en matière de refus de prélèvement. Si le parquet est incité aux poursuites par voie de circulaire, les juges du siège ont une tendance à constater la commission de l'infraction mais à dispenser de peine²⁸⁶, tout particulièrement lorsque la demande de prélèvement concerne des infractions de faible gravité ou des militants. Cette sensibilité au discours des personnes poursuivies s'explique par la prise de conscience des dangers du fichage génétique²⁸⁷, par la connaissance de la faiblesse du contrôle des magistrats sur ce fichier et par la lucidité des juges quant au caractère illusoire de la procédure d'effacement²⁸⁸. Ainsi, les magistrats paraissent réservés quant à l'intérêt du fichage massif et systématique. Nous ne pouvons que cautionner cette prudence au vu de l'utilité toute relative de la preuve ADN ressortant de notre étude empirique.

²⁸² Pour certains acteurs, il ne s'agit pas seulement de l'attrait pour une preuve scientifiques car d'autres preuves scientifiques n'ont pas le même poids dans les procédures pénales, du moins dans la perception qu'en ont les acteurs, c'est le cas par exemple de l'odorologie qui est un moyen de preuve scientifique fiable mais qui n'a pas spécialement des faveurs des enquêteurs, du moins pas comme l'expertise génétique.

²⁸³ P. REVIRON, « L'ADN : la preuve parfaite ? », *op. cit.*

²⁸⁴ C'est-à-dire la possibilité qu'une personne ait des profils ADN distincts.

²⁸⁵ E. ALLAIN, « La reine des preuves », *AJ pén.*, 2015, p. 57.

²⁸⁶ L. BLISSON, « Le magistrat face à l'expansion du FNAEG : quel contrôle ? », Journée d'étude Fichiers et témoins génétiques. Au carrefour de la science, de la sécurité et des libertés, 1er juillet 2016, Ecole des mines de Paris.

²⁸⁷ *Cf. infra.*

²⁸⁸ L. BLISSON, « Le magistrat face à l'expansion du FNAEG : quel contrôle ? », *op. cit.*

B. L'utilité relative de la preuve ADN

En totale contrariété avec la perception sociale de l'efficacité de la preuve ADN, les données empiriques permettent d'affirmer que l'ADN ne présente qu'une utilité relative pour l'identification d'un suspect (1), l'efficacité de l'ADN étant davantage significative pour corroborer le faisceau d'indices (2).

1. L'utilité marginale de l'ADN pour l'identification d'un suspect

Conformément à l'article 706-54 du Code de procédure pénale, « Le fichier national automatisé des empreintes génétiques [...] est destiné à centraliser les empreintes génétiques [...] en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs de ces infractions ». Ainsi, le législateur affirme que l'ADN permet d'identifier et de trouver un suspect. C'est également la perception générale qui ressort de l'étude médiatique. Or, les données collectées sur le territoire meurthe-et-mosellan (et qui de ce point de vue peuvent aisément être transposées au niveau national) permettent de remettre en cause cette conception puisque pour la plupart des affaires, tant criminelles que correctionnelles, un suspect est identifié dès le début de la procédure²⁸⁹. Pour rappel²⁹⁰, sur l'ensemble du corpus correctionnel, le suspect n'était pas identifié dès le début de l'enquête dans seulement 2,25 % des cas et sur l'ensemble de ces affaires seules 29 % ont vu l'ADN jouer un rôle déterminant dans l'identification du mis en cause. La résolution des affaires en matière correctionnelle apparaît comme étant très majoritairement liée aux méthodes d'enquêtes traditionnelles (et tout particulièrement grâce aux témoignages). Sur l'ensemble du corpus criminel, l'ADN n'a permis l'identification d'un suspect que pour 3,7 % des affaires et pour la moitié de ces affaires, l'identification n'a été permise que partiellement par l'utilisation des empreintes génétiques. D'ailleurs, pour 8,5 % des affaires criminelles l'ADN a été prélevé sans être exploité²⁹¹. Ainsi, pour l'ensemble du corpus criminel comprenant 82 affaires, l'ADN n'a été exclusivement déterminant que pour deux affaires (soit 2,4 %). Au total, matières correctionnelle et criminelle confondues, l'ADN a été le seul élément à l'origine de l'identification pour 13 affaires (sur un total de 2439 affaires, soit une utilité de l'ADN en matière d'identification de 0,5 %).

Ainsi, nous ne pouvons qu'avaliser les dires de l'un de nos interlocuteurs selon lequel « l'ADN est la « preuve par 9 » c'est-à-dire qu'il vient seulement corroborer d'autres

²⁸⁹ C'est le cas pour environ 97 % des affaires entrant dans notre champ de réflexion.

²⁹⁰ Cf. I, p. 17 et s.

²⁹¹ Dans 43 % de ces hypothèses, l'absence d'exploitation concernait des affaires de viol ou agression sexuelle pour lesquelles le rapport sexuel n'était pas contesté.

éléments de preuve ». Dans la pratique, l'ADN est utilisé pour compléter et confirmer le faisceau d'indices, au stade de l'enquête comme au stade du jugement²⁹².

2. L'utilité significative de l'ADN pour corroborer le faisceau d'indices

Dans la majorité des hypothèses la preuve ADN n'a vocation qu'à compléter le faisceau d'indices et n'a pas plus de poids sur l'issue de la procédure que les autres preuves apportées, qu'elles soient scientifiques (empreinte digitale, odorologie, balistique, etc.) ou non (témoignage, vidéo-surveillance, garde à vue, etc.). Ainsi, comme évoqué précédemment à propos de l'identification d'un suspect, les témoignages ont une importance essentielle dans la procédure d'enquête et de jugement. En outre, l'ADN à lui seul ne permet généralement pas de prouver la culpabilité. L'exemple de l'infraction de viol peut-être évoqué à titre illustratif: l'ADN prélevé sur la victime peut éventuellement permettre d'identifier un suspect s'il n'est pas connu mais il suffit pour que l'ADN ne présente plus d'intérêt probatoire que l'auteur présumé ne nie pas la relation sexuelle et invoque le consentement de la victime. De la même manière, dans les contextes où l'ADN a été prélevé sur la scène de crime mais que l'individu avait des raisons légitimes d'y avoir laissé son ADN, cette preuve scientifique ne peut être déterminante de la décision judiciaire, de condamnation tout comme de relaxe, acquittement ou non-lieu d'ailleurs. Nous soulignons que sur l'ensemble du corpus (correctionnel et criminel), l'expertise ADN n'a déterminé une relaxe que dans une affaire (sur 2439). Pour illustrer l'absence de caractère primordial de l'ADN dans les procédures pénales, rappelons que le refus de prélèvement est marginal pour de multiples raisons²⁹³ dont le fait que le simple fait de faire matcher un profil génétique ne prouve pas la culpabilité de l'individu.

Sans revenir sur l'ensemble des développements précédents, il faut bien mettre en exergue que notre étude conduit à remettre en cause la perception générale de l'utilité de l'ADN dans les procédures pénales. Loin d'être la reine des preuves, l'expertise génétique n'est en pratique qu'un élément d'enquête et de preuve parmi d'autres qui, dans des cas assez exceptionnels, permet de manière déterminante la résolution d'affaires graves et médiatisées ayant formaté cette perception sociale faussée. Compte tenu de ce constat fondamental, il paraît essentiel de s'interroger sur l'opportunité du développement de la preuve ADN.

²⁹² Cf. II, p. 40 et s.

²⁹³ L'absence de conscience d'être déjà fiché pour une autre infraction ; facilité de recueillir l'ADN « détaché » donc sans le consentement ; effet dissuasif de l'incrimination du refus et des poursuites systématiques.

C. L'intérêt controversé du développement de la preuve ADN

Avec la loi du 18 mars 2003, le législateur a cherché à augmenter le « stock » de profils au FNAEG afin d'augmenter le taux d'identification grâce à la comparaison d'empreintes génétiques²⁹⁴. Depuis, l'objectif de fichage systématique aux fins d'alimentation du FNAEG n'a cessé de guider les acteurs de la procédure. Pour autant, un tel développement est-il toujours souhaitable ? L'augmentation quasi-exponentielle du nombre de profils enregistrés a-t-elle permis une hausse du taux d'élucidation ? Faut-il préconiser des évolutions juridiques parallèles aux avancées scientifiques compte tenu de l'efficacité de la preuve ADN ?

Afin d'évaluer l'utilité éventuelle de l'accroissement de l'utilisation des empreintes génétiques dans la procédure pénale, il est nécessaire de contrebalancer les intérêts en cause, qu'ils soient économiques, juridiques, scientifiques ou sociaux (1). Toutefois, il apparaît que la balance des intérêts en cause conduit à conclure qu'une telle évolution s'avérerait périlleuse et hasardeuse (2).

1. La balance nécessaire des intérêts en cause

Le développement de la preuve ADN fait peser deux risques majeurs sur la société : le surinvestissement économique (a) et les atteintes aux libertés fondamentales (b). Si nombreux sont ceux qui objecteraient que la justice n'a pas de prix, tout particulièrement en matière criminelle, il est davantage contestable de risquer de porter atteinte aux libertés fondamentales afin de permettre de « faire justice à tout prix », y compris pour les infractions de faible gravité constituant le quotidien des juridictions.

a. Le risque d'un surinvestissement économique

D'un point de vue économique, le développement du recours à l'ADN induit d'une part, l'augmentation du nombre de prélèvements (et tout particulièrement du nombre de kits FTA) et, d'autre part, un accroissement du nombre de comparaisons, ce qui mobilise de plus en plus de personnels publics mais implique aussi le recours récurrent aux laboratoires privés.

Depuis l'élargissement des hypothèses permettant le fichage de profils génétiques au FNAEG et parallèlement l'incitation au fichage systématique faite aux OPJ, le nombre de prélèvements et le nombre de profils enregistrés n'ont cessé d'augmenter. Or, cette augmentation représente évidemment un coût qui, bien que difficilement chiffrable, doit être

²⁹⁴ De moins de 5 000 empreintes conservées en 2002 on est passé à plus de trois millions aujourd'hui.

mis en balance avec l'utilisation et l'utilité réelle qui est faite de la preuve ADN. A l'échelle locale de la Meurthe-et-Moselle, même si les chiffres ne sont pas flagrants, le corpus correctionnel a toutefois permis de constater un nombre croissant d'affaires pour lesquelles l'ADN a permis l'identification d'un suspect (passant de 0 en 2003, à 1 en 2006, 3 en 2008, 5 en 2011 et à 4 en juin 2013). Ainsi, le développement du fichage paraît accroître l'utilité de l'ADN. Pour autant, la question du coût reste posée : selon l'expression, « le jeu en vaut-il la chandelle ? » ; l'efficacité renforcée mais relative de l'ADN dans les procédures pénales justifie-t-elle le coût que représente le développement de ce moyen d'identification ?

En toute hypothèse, la réflexion sur cette balance des intérêts coûts/efficacité mérite une nuance puisque qu'en matière criminelle le coût d'actes de procédure n'est généralement pas un frein alors que la matière correctionnelle est de plus en plus marquée par une volonté d'économies. Sur ce point, les entretiens menés avec les magistrats, tant du parquet que du siège, confirment d'une part, l'importance de la gravité de l'infraction pour la gestion des frais et, d'autre part, le retour vers un certain équilibre en matière délictuelle, les prélèvements et exploitations étant de plus en plus ciblés afin de circonscrire les frais correspondants sans pour autant perdre en efficacité.

De cette logique budgétaire différenciée en fonction de la gravité de l'infraction en cause il pourrait être déduit qu'il suffit de ne pas regarder à la dépense en matière criminelle et de restreindre les coûts en matière correctionnelle afin d'arriver à un équilibre entre intérêts économiques et efficacité du recours à l'ADN. Toutefois, la situation ne peut se résoudre ainsi puisque l'efficacité du recours à l'ADN est conditionnée à une banque de profils génétiques fournie donc à un fichage massif, y compris en matière délictuelle²⁹⁵ ! L'efficacité de la preuve ADN suppose donc de ne pas freiner le recours à l'ADN pour des raisons budgétaires. *In fine*, notre étude empirique n'a pas vocation à trancher la question de l'opportunité économique du développement de l'ADN mais à simplement mettre en exergue que l'utilisation de l'ADN dans les procédures pénales suppose des investissements conséquents pour une utilité relative. Toujours est-il que ce risque de surinvestissement économique doit aussi être combiné avec les risques que représente le fichage génétique pour les libertés fondamentales.

²⁹⁵ Cf. *infra*.

b. Les risques pour les libertés fondamentales

Selon Pierre Darlu, généticien et directeur de recherches au CNRS, « *Un fichier (en l'occurrence le FNAEG) donne bien plus d'informations que l'identité. Avec les progrès scientifiques, l'analyse génétique apporte aussi des éléments de trois types. Certains des 16 à 18 marqueurs ADN analysés sont liés à des maladies. De plus, ces marqueurs sont étudiés partout dans le monde et sont différents suivant les populations. Ils servent alors de marque ou repérage géographique. On peut désormais déterminer si la personne fichée appartient à la population asiatique, européenne ou africaine et avoir des renseignements sur sa morphologie (sa couleur de peau, son profil par exemple). Troisième chose : du fait des lois génétiques, on hérite de la moitié de l'ADN du père, de la moitié de l'ADN de sa mère et d'un quart d'empreintes génétiques de ses frères et sœurs. Quand on intègre quelqu'un dans ce fichier, on intègre ainsi sa parenté la plus proche* »²⁹⁶. Ainsi, trois problèmes principaux sont évoqués par ce scientifique : le fichage d'informations génétiques sensibles, la tentation du portrait-robot génétique et la recherche en parentèle.

En effet, les empreintes génétiques fichées, même si elles portent sur l'ADN non-codant²⁹⁷ (à part le marqueur du sexe), contiennent des informations sensibles, tout particulièrement sur les maladies ou les allèles rares (ce qui est d'ailleurs utilisé dans le rapprochement de profils génétiques²⁹⁸). Le risque de détournement du fichier à d'autres fins que la comparaison de profils n'est dès lors pas totalement fictif. Toutefois, il faut admettre que ce risque n'est pas forcément très probable en l'état actuel. Pour autant, il faut aussi remarquer que le FNAEG ne contient pas que des profils complets et n'aboutit donc pas toujours à une identification mais souvent à des rapprochements, parfois avec plus d'une dizaine d'individus. En effet, de nombreux profils partiels sont enregistrés. Il s'agit de profils pour lesquels des marqueurs ne sont pas renseignés²⁹⁹ ou pour lesquels il existe une différence tolérée³⁰⁰. Le rapprochement avec un profil partiel (donc sans identification mais avec un profil compatible) est alors

²⁹⁶ L'Est Républicain, « Un fichier donne bien plus d'infos que l'identité », 13 janv. 2017.

²⁹⁷ L'ADN comprend des régions codantes (les gènes) et des régions non codantes (les locis). La technique consiste à mesurer la longueur des fragments non codants. A partir d'un certain nombre de marqueurs « STRs » (Short Tandem Repeat), on établit un profil génétique (article A38 C. proc. pén.) ; S. SONTAG-KOENIG, « ADN vrais et faux gènes », *Dr. pén.*, avr. 2015, n° 5, étude 11 ; M. SCHWENDENER, « Signalement et identification », *Rép. pén.*, oct. 2013.

²⁹⁸ Notamment en cas d'insuffisance du nombre de locis (segments d'ADN) enregistrés.

²⁹⁹ 26 marqueurs sont listés par l'article A38 du Code de procédure pénale mais une trace peut être enregistrée dès lors que 12 marqueurs sont identifiés.

³⁰⁰ Une trace homozygote ou une une différence homozygote et une différence hétérozygote sur la trace.

proposé car l'individu peut correspondre mais il ne s'agit que d'une proposition³⁰¹. A titre d'illustration, dans l'affaire Evelyne Boucher, évoquée précédemment, il y avait eu une dizaine d'individus qui avaient été proposés par les experts scientifiques de l'INPS et les enquêteurs ont ensuite réussi à cibler l'un d'eux en particulier. L'intérêt des rapprochements est clairement de proposer des suspects aux OPJ afin de faire avancer une affaire qui piétine. Ainsi, le fichage génétique permet d'orienter l'enquête, c'est à la fois ce qui est souhaité et ce qui est dangereux, d'autant plus que peuvent être enregistrées des traces non identifiées, des profils de personnes non condamnées ou encore le profil de victimes (art. 706-54 C. proc. pén.)³⁰².

Un deuxième risque, qui n'a pas manqué de soulever les critiques de la doctrine pénaliste³⁰³, est l'utilisation, voire le développement du portrait-robot génétique grâce à l'utilisation de la partie codante de l'ADN. Si certains acteurs de la procédure estiment qu'il s'agit d'une avancée fondamentale, notre analyse ne peut être que plus modérée, tout particulièrement au vu de la faible, voire l'inexistante, efficacité du portrait-robot génétique. Sans revenir sur les développements précédents³⁰⁴, il faut bien convenir que cet usage de l'ADN présente davantage de risques que d'intérêts (en orientant l'enquête sur certaines populations), si tant est que le portrait-robot puisse réellement orienter vers un ou des suspects.

La recherche en parentèle constitue également un risque du fichage génétique pour les libertés fondamentales. S'il est rare que les enquêteurs sollicitent expressément qu'un profil soit comparé à un celui d'un parent, il n'empêche qu'une telle demande faite au FNAEG conduit à la recherche de tous les allèles en commun avec le profil de la trace. Ainsi, par l'enregistrement d'un parent (généralement en ligne directe), les enquêteurs peuvent être amenés à suspecter un membre de la famille de la personne fichée. C'est la situation qui a permis de découvrir l'identité de l'auteur présumé du meurtre d'Elodie Kulik. Dans cette affaire, le père de l'auteur présumé des faits, condamné pour infractions sexuelles, a matché sous la forme d'un rapprochement en tant que parent. Le fils, qui était entre temps décédé dans un accident de la route, a été exhumé et son profil génétique identifié. Si certains acteurs

³⁰¹ R. MICHAUD, « Apports et limites des fichiers d'empreintes génétiques », Journée d'étude Fichiers et témoins génétiques. Au carrefour de la science, de la sécurité et des libertés, 1er juillet 2016, Ecole des mines de Paris ; F.-X. LAURENT et M.-T. THEVENO, « L'ADN, facteur d'identification directe et indirecte », Colloque intermédiaire « L'utilisation de l'ADN dans les procédures judiciaires. Étude de dix années de pratique en Meurthe-et-Moselle (2003-2013) », 23 mars 2016, Faculté de droit de Nancy.

³⁰² Cf. III, p. 65 et s.

³⁰³ J. DANET, « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au « portrait-robot génétique » (mais approximatif) est validé (Crim., 25 juin 2014, n° 13-87.493) », *RSC* 2014, p. 595 ; C. GIRAULT, « La tentation du portrait-robot génétique », *AJ pén.* 2014, p. 487.

³⁰⁴ Cf. II, p. 40 et s.

de la procédure peuvent percevoir la recherche en parentalité comme une avancée, elle n'en reste pas moins particulièrement dangereuse, d'autant plus au vu du fichage systématique et massif auquel il est procédé. Il faut avoir conscience que le rapprochement a pour objectif de proposer une liste de suspects potentiels aux enquêteurs (liste d'autant plus longue que le nombre de profils enregistrés est important) et donc risque parfois d'orienter l'enquête à mauvais escient. Comme a pu le faire remarquer Laurence Blisson, Secrétaire général du syndicat de la magistrature, « *la constitution du fichier n'est pas neutre puisqu'il préconstitue les personnes en tant que suspectes* »³⁰⁵. En outre, depuis la loi du 3 juin 2016³⁰⁶, l'article 706-56-1-1 (alinéa 1) du Code de procédure pénale prévoit que « Lorsque les nécessités d'une enquête ou d'une information concernant l'un des crimes prévus à l'article 706-55 l'exigent, le procureur de la République ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction, peut requérir le service gestionnaire du fichier afin qu'il procède à une comparaison entre l'empreinte génétique enregistrée au fichier établie à partir d'une trace biologique issue d'une personne inconnue et les empreintes génétiques des personnes mentionnées aux premier et deuxième alinéas de l'article 706-54 aux fins de recherche de personnes pouvant être apparentées en ligne directe à cette personne inconnue ». Or, cette validation de l'identification par parentèle soulève de nombreuses critiques : « [elle] pose, outre des problèmes techniques liés à la complexité de chaque recherche, certaines questions éthiques quant au fichage « indirect » de tiers résultant de celui d'un de leurs parents, ou quant au fait que les recherches effectuées par ce biais vont cibler une population délinquante au sein de laquelle certaines minorités ethniques sont surreprésentées, et entraîner de facto davantage d'identifications de suspects appartenant à ces minorités »³⁰⁷.

Enfin au titre des risques pour les libertés fondamentales, il doit nécessairement être rappelé que la preuve ADN n'est pas infaillible, certains risques étant déjà avérés et posant difficulté. Ainsi, les vrais jumeaux ont le même profil génétique au FNAEG puisque seuls les éléments non-codants sont analysés. Si l'hypothèse est probablement marginale, elle n'est pas pour autant anodine³⁰⁸. Plus dérangeants sont les risques de contamination³⁰⁹. Les acteurs de la procédure en sont d'ailleurs parfaitement conscients puisque nombreux sont ceux y ayant fait

³⁰⁵ L. BLISSON, « Le magistrat face à l'expansion du FNAEG : quel contrôle ? », *op. cit.*

³⁰⁶ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

³⁰⁷ M. SCHWENDENER, « Police technique et scientifique, Identification par parentèle », *Rép. Pén.*, oct. 2016.

³⁰⁸ S. SONTAG-KOENIG, « ADN vrais et faux gènes », *op. cit.*

³⁰⁹ Les risques d'inversions sont de plus en plus rares puisque les prélèvements disposent d'un code barre unique.

référence³¹⁰. Il est vrai que les évolutions scientifiques amènent à une précision telle que le risque de contamination augmente à mesure que les techniques s'affinent³¹¹. Cette précision et le risque éventuel de contamination (au moment du recueil notamment) expliquent qu'il soit de plus en plus procédé au fichage des policiers et gendarmes afin d'exclure éventuellement leur profil génétique.

L'ensemble de ces risques conduisent à s'interroger sur le rôle de gardien des libertés individuelles de l'autorité judiciaire et sur l'effectivité de la procédure d'effacement³¹², seuls remparts contre d'éventuels dérapages du fichage.

Indubitablement, la balance des intérêts en présence conduit à s'interroger vivement sur l'opportunité du développement du recours à l'expertise ADN. Une telle évolution constituerait un risque élevé pour un résultat mitigé.

2. Une évolution périlleuse et hasardeuse

L'accroissement du fichage et des conditions d'exploitation de l'ADN trouve son fondement dans un pari temporel et scientifique (a), le législateur et les pouvoirs publics comptant sur une banque de profils de plus en plus étendue et sur les évolutions (rapides) de la science pour faciliter l'identification des suspects. Si cet objectif d'identification visé par le recours à la preuve ADN ne sera probablement atteint qu'à titre exceptionnel, il n'en reste pas moins que le recours massif à ce moyen d'enquête et mode de preuve constitue un choix de société (b), la volonté de ne pas laisser un crime impuni transparaissant de ce choix de politique pénale.

a. Un pari temporel et scientifique

En matière d'identification des suspects, l'intérêt de l'ADN est en réalité un pari sur le long terme. En effet, depuis la loi de 2003, l'objectif visé est la constitution d'une banque de profils particulièrement importante dont la vocation est de permettre au fur et à mesure de l'écoulement du temps davantage d'identifications : plus de profils sont enregistrés plus il y a de chances qu'une comparaison matche³¹³. Il est ainsi espéré qu'on retrouve par exemple l'auteur non identifié d'une infraction, y compris plusieurs années après les faits, grâce à la commission d'une nouvelle infraction ou parce que l'ADN du suspect aurait été enregistré à

³¹⁰ Not. : affaire célèbre de contamination des kits en Allemagne ; Cf. L'Obs, « ADN : le "Fantôme", sérial-killer allemand, n'a jamais existé », 28 mars 2009.

³¹¹ D'où l'intérêt de la réglementation ISO permettant d'instaurer des normes de qualité.

³¹² Cf. III, p. 65 et s. ; L. BLISSON, « Le magistrat face à l'expansion du FNAEG : quel contrôle ? », *op. cit.*

³¹³ C. GIRAULT, « Identification et identité génétiques », *AJ Pén.*, 2010 p. 224.

un autre titre, voire par un rapprochement avec un parent nouvellement enregistré. Ces hypothèses sont d'ailleurs celles qui font l'objet d'un traitement médiatique favorable³¹⁴.

Ce pari temporel s'explique aussi par les évolutions scientifiques : les prélèvements aujourd'hui inexploitablement le seront probablement un jour, parfois même à relativement court terme. Pour illustrer ces évolutions rapides de la science il peut être rappelé qu'il y a plusieurs années il fallait 1000 cellules pour établir un profil génétique à partir de l'exploitation d'une trace, alors que désormais il ne faut qu'une demi cellule (une tache de sang infime peut ainsi faire l'objet d'une dissection laser et être exploitée). L'utilisation de l'ADN mitochondrial en lieu et place de l'ADN nucléaire a aussi permis le développement des comparaisons des profils génétiques³¹⁵. L'évolution de la technique permet d'exploiter des traces infimes qui se détachent naturellement du corps, la difficulté étant en réalité de procéder aux « bons » prélèvements sur le lieu de commission de l'infraction.

Enfin, cette vision sur le long terme est aussi à mettre en parallèle avec les évolutions de la prescription³¹⁶ puisqu'en matière criminelle tout particulièrement, la croyance est que l'ADN permettra de résoudre les « cold cases ».

Mais il faut bien percevoir que l'objectif poursuivi n'est pas seulement la résolution des grandes affaires criminelles, c'est également la résolution des petites affaires délictuelles banales et à moindre investissement humain. En effet, une proportion importante des délinquants est constituée de récidivistes ou réitérants³¹⁷. Le fichage systématique permet ainsi d'identifier facilement et rapidement un réitérant qui laisserait des traces ADN de son passage (il s'agit typiquement des affaires banales, voire « originales », médiatisées en matière de vol qui ont été évoquées précédemment).

b. Un choix de société

Globalement, l'utilisation des empreintes génétiques est peu utile que ce soit au stade de l'enquête ou au stade du jugement mais parfois elle s'avère déterminante, c'est ce qui explique la perception extrêmement positive dont bénéficie ce moyen d'enquête et mode de preuve. L'ADN est finalement envisagé comme la solution de dernier recours. C'est cette

³¹⁴ Cf. not. affaires Blétry ou Boucher.

³¹⁵ Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, « Rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire », préc.

³¹⁶ C. FLEURIOT, « Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, « Rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire », *D. actu.*, 17 févr. 2017. Cf. loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

³¹⁷ Environ 15 % de la population pénale commet 50 % des délits.

confiance (presque aveugle) en ce moyen d'enquête qui explique la volonté de fichier massivement, potentiellement tous les individus. Mais une telle orientation pose à la fois des difficultés techniques (intravariabilité génétique par exemple) et juridiques (protection des libertés fondamentales) en plus de représenter un poids économique non négligeable dans les frais de justice. Pour autant, l'utilisation de l'ADN dans les procédures pénales ainsi que ses développements, tant quantitatifs que qualitatifs, ne sont que le reflet d'un choix de société répondant à une interrogation simple : qu'est-on prêt à accepter pour que la justice pénale soit rendue ? Aujourd'hui, il semblerait que les acteurs de la procédure pénale, comme la population, estiment que le recours à l'expertise génétique peut s'avérer, à titre exceptionnel, essentiel et que ce caractère parfois déterminant justifie le coût que représentent le recueil, l'exploitation, le fichage et la comparaison. Pour certains, cette utilité, marginale mais décisive, tout particulièrement dans les affaires criminelles graves, justifie également des évolutions techniques et juridiques comme la recherche en parentèle ou le portrait robot-génétique et un fichage systématique de la population. Si cette position est moralement tout à fait légitime, il n'en reste pas moins que ses dangers méritent d'être perçus, surtout au vu de l'efficacité toute relative de l'utilisation de l'ADN dans les procédures pénales. Il faut encore signaler que la prudence devrait s'imposer car le fichage systématique pourrait aboutir à une certaine inutilité des comparaisons ADN voire à des orientations faussées d'enquête, donc à des effets plus néfastes que positifs. Notre étude empirique nous conduit ainsi à conclure que, afin d'affiner le choix de politique pénale en matière de preuve génétique, les pouvoirs législatif et exécutif devraient se détacher de leur perception idéalisée de l'ADN comme reine des preuves, prendre en compte la réalité pratique de l'utilisation de l'ADN dans les procédures pénales et veiller à protéger les libertés individuelles fondamentales.

CONCLUSION

A l'issue d'une étude empirique de plus de 2000 décisions rendues par les juridictions de Meurthe-et-Moselle sur une période de 10 ans (2003-2013), plusieurs conclusions s'imposent à nous. Trois séries d'informations méritent d'être érigées en synthèse. Les premières nous rassurent, les deuxièmes nous informent, les dernières nous inquiètent.

L'utilisation des caractéristiques génétiques dans le cadre du procès pénal au sens large est un acquis scientifique et procédural évident. Les enquêteurs sont désormais tous formés et habiles à utiliser au quotidien les outils de recueils et de prélèvement des traces génétiques humaines. Le progrès scientifique est entré dans la culture de tout investigateur, le kit de prélèvement ADN est entré dans l'arsenal du policier et du gendarme.

L'utilisation des caractéristiques génétiques et son impact réel sur le cours des procédures judiciaires doivent être relativisés. Si l'exploitation de l'ADN manifeste une certaine utilité pour une proportion modérée des enquêtes pénales, une étude quantitative montre une quasi-absence de caractère déterminant de ce mode de preuve qui a pour principal mérite de renforcer un faisceau d'indices pré-existants. Il y a un décalage frappant entre la perception populaire d'une preuve en soi, alors que la pratique démontre une utilité probatoire subsidiaire.

L'utilisation des caractéristiques génétiques repose entièrement sur le développement de fichiers de comparaison des profils ADN dont l'élargissement de l'alimentation et surtout de la consultation génèrent des inquiétudes considérables. Une prétendue recherche d'efficacité et de sécurité conduit le législateur à écarter ou à contourner un certain nombre de principes juridiques fondateurs d'un Etat de Droit.

« Trop de crainte et trop de sécurité sont une égale folie. La crainte nous fait apercevoir des malheurs qui peuvent ne pas arriver et la sécurité nous laisse surprendre par ceux que nous aurions pu prévenir. » (Alexander Pope, Maximes et réflexions morales, Londres, 1739).

ANNEXE



COLLOQUE INTERMEDIAIRE

L'utilisation de l'ADN dans les procédures judiciaires : étude empirique de 10 années de pratiques en Meurthe-et-Moselle

Premiers résultats, premières avancées

-

Programme – 23 mars 2016 – Faculté de Droit de Nancy

Colloque organisé par Bruno PY (Pr. Droit privé et Sciences criminelles, Université de Lorraine)

08h30-09h00	Accueil des participants
09h00-09h20	Allocutions d'accueil Pr F. GARTNER, Doyen de la Faculté de droit de Nancy Pr Fr. GEA, Directeur de l'Institut François GénY <i>Présentation du contexte de l'étude ainsi que du cadre de l'appel à projet</i> Pr Br. PY, Pr. Droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine

Matinée : Recueil et traitement de la preuve génétique

09h20-09h40	<i>Les hypothèses légales du recueil et du traitement</i> Pr Br. PY, Pr. Droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine
09h40-10h00	<i>Les méthodes pratiques du recueil et du traitement</i> M. J.-P. TISSIER, ancien Lieutenant-colonel de Gendarmerie, Commandant en second du groupement de gendarmerie départementale de Meurthe-et-Moselle
10h00-10h20	<i>Le coût de l'analyse génétique et ses modalités de traitement</i> M. B. RENARD, Chercheur en Criminologie à l'Institut National de Criminalistique et de Criminologie
10h20-10h30	Débats avec le public
10h30-11h00	Pause
11h00-11h40	<i>La réalité du terrain : premiers résultats du travail de recherche</i> Mme C. MENABE, MCF Droit privé et Sciences criminelles, Université de Lorraine M. A. RUBIO, Ingénieur de recherche projet GIP-Caractéristiques génétiques
11h40-12h00	<i>Les refus de prélèvements</i> M. G. VIBRAC, Doctorant Droit privé et Sciences criminelles, Université de Lorraine
12h00-12h20	Débats avec le public
12h30-14h00	Repas

Après-midi : Utilisation de la preuve génétique

- 14h00-14h20 *Les fichiers en Droit pénal*
Mme. J. LEONHARD, MCF Droit privé et Sciences criminelles, Université de Lorraine
- 14h20-14h50 *L'ADN, facteur d'identification directe et indirecte*
M. Fr.-X. LAURENT, ingénieur de police technique scientifique en biologie au laboratoire de l'Institut National de Police Scientifique de Lyon
Mme M.-Th. THEVENOT, directrice du laboratoire de l'Institut National de Police Scientifique de Lyon
- 14h50-15h00 Débats avec le public
- 15h00-15h30 *Pause*
- 15h30-16h00 *Table ronde « La preuve génétique vue par les magistrats »*
M. A. LACOTE, substitut du procureur général auprès de la Cour d'Appel de Nancy ;
M. Ph. NATIVEL, vice-procureur auprès du tribunal de grande instance de Nancy ;
M. R. ESCH, président du tribunal de grande instance de Nancy¹ ;
M. Y. LE CLAIR, Procureur de la République de Briey².
- 16h00-16h30 Débats avec le public
- 16h30-17h00 *Synthèse et conclusion de la journée*
Pr J.-Fr. SEUVIC, Pr. Droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES GENERAUX

- X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Lextenso Éditions, Montchrestien, 2013
- J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., 2006
- F. FOURMENT, *Procédure pénale*, Paradigme, 15^e éd., 2017
- S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, 9^e éd., 2017
- R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 1967
- E. VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, Hypercours, 5^e éd., 2016

2. OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES

- C. BOURGAIN et P. DARLU, *ADN superstar ou superflic ? : Les citoyens face à une molécule envahissante*, Seuil, 2013
- L. CADIET, M. MEKKI et C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : Regards croisés*, Dalloz, Thèmes, Commentaires & Actes, 2015
- A. CEYAN et P. PIAZZA (dir.), *L' Identification biométrique: Champs, acteurs, enjeux et controverses*, Maison des sciences de l'homme, 2014
- R. COQUOZ, J. COMTE, D. HALL et al., *Preuve par l'ADN, la génétique au service de la justice*, Presses polytechniques, Sciences forensiques, 3^e éd., 2013
- H. DE VALICOURT DE SERANVILLERS, *La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire*, L'Harmattan, Questions contemporaines, 2009
- N. DEFFAIN et B. PLESSIX, *Fichiers informatiques et sécurité publique*, PUN, 2013
- C. DOUTREMEPUICH (dir.), *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La documentation française, 1998
- B. DURUPT, *La police judiciaire - La scène de crime*, Gallimard, 2000
- G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Perspectives comparées, 2006, Vol. 12
- F. GENY, *Sciences et techniques en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, 1913

- F-B. HUYGHE, *ADN et enquêtes criminelles*, PUF, Que sais-je ?, 2008
- R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformations*, LGDJ, Paris, 1955
- H. LEVY-BRUHL, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Ed. Marcel Rivière, 1964
- T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise*, Dalloz action, 3^e éd., 2015
- X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002
- P. RICOEUR, *Histoire et vérité*, Seuil, 1955
- E. VERGES, G. VIAL, O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis droit, 2015
- F. VOLOT, *Les grandes affaires criminelles de Meurthe-et-Moselle*, De Boree, 2009

3. ARTICLES ET CONTRIBUTION

a. Articles

- E. ALLAIN, « La reine des preuves », *AJ pén.*, 2015, p. 47
- F. BELLIVIER, « Infractions sexuelles et empreintes génétiques », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2000, p. 468
- V. BIANCHI, « L'effacement des fichiers ou le nouveau mythe de Sisyphe », *AJ. pén.*, 2007, p. 420
- A. BLANC, « La preuve aux assises : entre formalisme et oralité, la formation de l'intime conviction », *AJ pén.* 2005, p. 271
- F. BOTTINI, « Sécurité/Police – A quand une question prioritaire de constitutionnalité sur le cadre législatif des fichiers de police ? », *JCP A*, 2011, n° 18, p. 2176
- C. BYK, « Fichier national automatisé des empreintes génétiques », *J. Cl. Proc. pén.*, art. 706-54 à 706-56, n° 7
- C. BYK, « Tests génétiques et preuve pénale », *RIDC* 1998, n°2 p. 683
- D. COMMARET, « Les métamorphoses de la preuve », *RPDP*, 2003, p. 735
- J. DANET, « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au « portrait robot génétique » (mais approximatif) est validé », *RSC*, 2014, p. 595

- J. DANET, « Le FNAEG au conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale », *AJ pén.* 2010, p. 545
- L. DUMOULIN, « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Dr. et société*, 2000, n° 44-45, p. 222
- C. FLEURIOT, « Les délais de prescription en matière pénale vont doubler », *D. actu.*, 17 févr. 2017
- C. GIRAULT, « La tentation du portrait-robot génétique », *AJ pén.*, 2014, p. 487
- C. GIRAULT, « Identification et identité génétiques », *AJ pén.*, 2010, p. 224
- M. HERZOG-EVANS, S. GRUNVALD, V. BIANCHI et E. SERFASS, « Effacement des condamnations : peut-on encore parler de droit à l'oubli ? », *D. actu.*, 8 nov. 2007
- C. JEAN-MEÏRE, « F.-B. Huyghe, ADN et enquêtes criminelles », *RSC*, 2008, p. 1033
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Délai pour requérir un prélèvement génétique en cas de condamnation avec sursis », *AJ pén.*, 2014, p. 432
- J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Un condamné pour vol aggravé est dispensé de peine, et donc d'inscription au FNAEG », *AJ pén.* 2008, p. 329
- M. LENA, « Prélèvement biologique : notion de condamnation pénale », *D. actu.*, 15 mai 2008
- M. LENA, « La chambre criminelle refuse l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques des mineurs placés sous protection judiciaire », *D. actu.*, 4 oct. 2007
- M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », 2014, <http://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/07/60_T4_france.pdf>
- O. PASCAL ET A. SCHLENK, « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ pén.*, 2004, p. 24
- L. PRIOU- ALIBERT, « L'inscription d'une trace ADN au FNAEG est un acte interruptif de prescription », *D. actu.*, 11 févr. 2013
- B. PY, « Expert, un métier, une fonction, une adulation ? », *Médecine & Droit*, 2013, p. 53
- P. REVIRON, « L'ADN la preuve parfaite ? », *AJ pén.*, 2012, p. 590
- J. ROBERT, « Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques », *RDP*, 1986, p. 1651

C. SAAS, « Refus de prélèvement biologique et alimentation effective du FNAEG », *AJ pén.*, 2005, p. 457

M. SAVART, « L'expertise scientifique en matière pénale », *AJ pén.*, 2006, p. 72

Y. SCHULIAR, « La coordination scientifique des investigations criminelles. Une aide pour les magistrats », *AJ pén.*, 2011, p. 555

M. SCHWENDENER, « Police technique et scientifique, Identification par parentèle », *Rép. Pén.*, oct. 2016

M. SCHWENDENER, « Signalement et identification », *Rép. pén.*, oct. 2013

S. SONTAG KOENIG, « ADN vrais et faux gènes », *Dr. pén.*, avr. 2015, n° 5, étude 11

E. SUPIOT, « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », *RSC*, 2015, p. 827

E. VERGES, « Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2014, p. 25

b. Contribution

C. AMBROISE-CASTEROT, « *Les empreintes génétiques en procédure pénale* », in *Les droits et le droit*, Mélanges Bouloc, Dalloz, Sirey, 2006

H. ANCEL, « *La preuve biologique* », in G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Perspectives comparées, 2006, Vol. 12

J. BORÉ et L. BORÉ, « Violation des règles concernant l'appréciation de la force probante », in J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière pénale*, Dalloz action, 2011

G. CANIVET, « Introduction », in Cour de cassation, *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000, La documentation française

C. CHAMPAUD, « Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire », in *Mél. En l'honneur de H. Blaise*, Economica, 1995

F. DELBANO, « Utilisation de l'expertise », in T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise*, Dalloz action, 3^e éd., 2015

T. LEZEAU, « *Prélèvements sur scène de crime* », in C. DOUTREMEPUICH (dir.), *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La documentation française, 1998

M. MEKKI, « Regard substantiel sur le « risque de la preuve ». Essai sur la notion de charge probatoire », in L. CADIET, M. MEKKI et C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : Regards croisés*, Dalloz, Thèmes, Commentaires & Actes, 2015

S. MEKKI, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif) », in L. CADIET, M. MEKKI et C. GRIMALDI (dir.), *La preuve : Regards croisés*, Dalloz, Thèmes, Commentaires & Actes, 2015

C. PERELMAN, « La spécificité de la preuve juridique », in *La preuve, Recueil de la société Jean Bodin*, 4^e partie, 1963

4. THESES

K. AOUDIA, *L'utilisation de la génétique dans l'administration de la preuve en droit positif français*, Montpellier 1, 2001

J.-R. DEMARCHI, *La preuve scientifique et le procès pénal*, Nice, 2010

C. FOSTAN, *Justice et génétique. Contribution à l'étude de la génétique judiciaire et de la justice génétique*, Nantes, 2000

M. MAGALI, *La preuve par le corps humain*, Poitiers, 1997

E. SUPIOT, *Les tests génétiques : contribution à une étude juridique*, Paris 1, 2012

5. RAPPORTS ET AVIS

C. CABAL (député), Rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire, 7 juin 2001, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques

6. ACTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES

a. Actes législatifs

Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, JORF 4 juin 2016

Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JORF 6 août 2013, p. 13338

Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JORF 13 décembre 2005, p. 19152

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF 10 mars 2004, p. 4567

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JORF 19 mars 2003, p. 4761

Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, JORF 16 novembre 2001, p. 18215

Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JORF 8 juin 1998, p. 9255

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF 30 juillet 1994, p. 11056

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JORF 30 juillet 1994, p. 11060

b. Actes réglementaires

Décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 relatif au traitement d'antécédents judiciaires, JORF 6 mai 2012, p. 8047

Décret n° 2011-1447 du 7 novembre 2011 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « application des peines, probation et insertion » (APPI), JORF 8 novembre 2011, p. 18747

Décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré

Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 20 juillet 2001, « Mise en place du Fichier national automatisé des empreintes génétiques et du Service central de préservation des prélèvements biologiques », CRIM 2001-15 E6/20-07-2001

Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 31 juillet 2003, « Présentation des dispositions de procédure pénale de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure », CRIM 2003-12 E8/31-07-2003

Circulaire du 9 juillet 2008, « Refus de prélèvement FNAEG », CRIM-PJ n° 08-28.H5

7. JURISPRUDENCE

a. Cour d'appel

CA Nancy, 4^{ème} ch. corr., 9 nov. 2005, n° 05/00970

b. Cour de cassation

Crim., 25 juin 2014, n° 13-87.493 : Bull. crim. n° 166 ; D. 2014, p. 1453 ; RSC 2014, p. 595, note J. Danet ; Dr. pénal 2014, comm. 127, note M. Véron ; AJ pénal 2014, p. 487, note C. Girault ; Procédures 2014, comm. 251, note A.-S. Chavent-Leclère

Crim., 17 juin 2014, n°13-80.914

Crim., 30 avr. 2014, n° 13-88.162 : Bull. crim. n° 119 : D. 2014, pan. 1739, obs. Pradel ; AJ pénal 2014, p. 374, obs. de Combles de Nayves ; JCP G. 2014, n° 583 ; RSC 2014, p. 577, note Francillon

Crim., 15 mai 2013, n° 12-84.818 ; JCP G 2013, p. 1046 (« Erreur judiciaire ? La Cour de révision annule un arrêt d'assises »)

Crim., 12 déc. 2012, n° 12-85.274 ; L. Priou- Alibert, « L'inscription d'une trace ADN au FNAEG est un acte interruptif de prescription », D. actu. 11 févr. 2013

Crim. 11 juil. 2012, n° 12-81.553

Crim., 18 janv. 2011, n° 10-84.980, 356

Crim., 15 mars 2011, n° 09-88.083

Ass. Plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316, 09-14.667 : Bull. AP n° 1 : D. 2011, p. 562, obs. Fourment, D. 2011, p. 618, note Vigneau

Crim., 11 juin 2010, n° 09-88.083, 12071, QPC

Crim., 9 avril 2008, n° 07-85.972

Crim., 16 janv. 2008, n° 07-82.115

Crim., 12 sept. 2007, n° 06-85.687

Crim., 31 oct. 2006, n° 05-87.153

Crim., 28 sept. 2005, n° 04-87.295 ; C. Saas, « Refus de prélèvement biologique et alimentation effective du FNAEG », AJ pen. 2005, p. 457

Crim., 22 juin 2004, n° 03-87.943 ; Crim., 28 sept. 2005, n° 04-87.295

Crim., 30 mars 1999, n° 97-83.464 : Bull. crim. n° 59 ; Procédures 1999, n° 215, note Buisson ; RG Proc. 1999, p. 640, chron. Rebut ; D. 2000, p. 391, note Garé

Crim., 27 févr. 1996, n° 95-81.366 : Bull. crim. n° 93 ; Gaz. pal. 11 juill. 1997, p. 9, rapp. Guerder ; D. 1996, p. 346, note Guéry ; JCP G 1996. II. 22629, note Rassat

Crim. 1er mars 1995, Bull. n° 92 ; Dr. pénal, 1995, comm. 171

Crim., 6 avr. 1994, n° 93-82.717 : Bull. crim. n° 136 ; Gaz. pal. 21 juill. 1994, p. 18, note Doucet.

Crim., 15 juin 1993, n° 92-82.509 : Bull. crim. n° 210 ; D. 1994, p. 613, note Mascala ; Dr. pénal 1994, p. 3, obs. Lesclous, Marsat

Crim., 28 oct. 1991, n° 90-83.692 : Bull. crim. n° 381 ; Dr. pénal 1992, comm. n° 42, note Robert

Crim., 17 juill. 1985, n° 85-90.958

c. Conseil constitutionnel

Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC ; AJ. pén. 2014, p. 84, obs. G. Roussel

Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25, QPC, JORF 16 sept. 2010, p. 16847

Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, JORF 19 mars 2003, p. 4789

d. Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 18 juill. 2013, n° 19522/09, M. K. c/ France

Cour EDH, 4 déc. 2008, n° 30562/04 et 30566/04, S. et Marper c/ Royaume-Uni

Cour EDH, 18 sept. 2004, n° 2010/10, RSC 2015, p. 165, obs. D. Roets

Cour EDH, 17 déc. 1996, n° 19187/91, Saunders c/ Royaume-Uni

Cour EDH, 26 mars 1987, n° 9248/81, Leander c/ Suède

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	6
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	8
INTRODUCTION	10
A. Une enquête de terrain	12
1. La collecte des décisions de Justice.....	12
2. La conduite des entretiens des acteurs de la procédure pénale	14
3. Un colloque intermédiaire	14
B. Une analyse juridique.....	15
I. La procédure de recueil et d'exploitation de l'ADN	16
A. La procédure de recueil de l'ADN.....	16
1. Le principe du recueil des traces sur la scène d'infraction.....	17
a. La diversité des traces	17
b. Le lieu et le personnel	20
c. La temporalité des recueils de traces	23
2. Les modalités de prélèvements sur les personnes	24
a. Les modalités techniques des prélèvements.....	24
b. Les variabilités de recueil	25
c. Les refus de prélèvements.....	26
3. Les finalités des prélèvements.....	29
a. Les prélèvements aux fins de comparaison de la personne.....	29
b. Les prélèvements aux fins d'alimentation du FNAEG	30
B. La procédure d'exploitation de l'ADN	31
1. Le cadre juridique.....	32
a. Les personnes concernées	32
b. Les actes concernés.....	33
2. Les variabilités d'exploitation	33
a. Les prélèvements exploités	33
b. Les prélèvements non exploités	35
C. Le coût du recueil et de l'exploitation	36
1. Qui paye ?.....	37
2. Combien cela coûte ?.....	37
II. La place de la preuve ADN dans les procédures pénales	39
A. La place de l'ADN dans la phase d'investigation.....	41
1. La preuve ADN face à des protagonistes inconnus.....	43

a.	La nécessité d'identification des protagonistes.....	43
b.	Les modalités d'identification des protagonistes.....	45
2.	La preuve ADN face à des protagonistes connus.....	50
a.	L'alimentation du faisceau d'indices.....	51
b.	Le fichage des protagonistes.....	53
B.	La place de l'ADN dans la phase de jugement.....	55
1.	Un élément non prépondérant.....	57
a.	Un élément absent du jugement correctionnel.....	58
b.	Un élément non déterminant dans le verdict criminel.....	60
2.	Un élément symbolique de la décision.....	62
a.	Une vérité scientifique incontestée.....	62
b.	Une vérité judiciaire légitimée.....	63
III.	Le fichage de l'empreinte génétique.....	64
A.	L'alimentation réelle du FNAEG.....	67
1.	Un cadre légal large.....	68
a.	Les prélèvements donnant lieu à enregistrement.....	70
b.	Les modalités d'enregistrement.....	72
2.	Une pratique de terrain nuancée.....	74
a.	Une alimentation incertaine.....	74
b.	Un refus marginal du fichage.....	76
B.	La consultation réelle du FNAEG.....	78
1.	Consultation effective <i>versus</i> vie privée.....	79
a.	Les durées de conservation des données.....	80
b.	Les procédures d'effacement des données.....	81
2.	Consultation effective <i>versus</i> sécurité technique et juridique.....	82
a.	Les difficultés techniques.....	83
b.	Les difficultés juridiques.....	85
IV.	L'ADN n'est pas la reine des preuves !.....	87
A.	La perception idéalisée de la preuve ADN.....	88
1.	La perception médiatique.....	89
a.	Le culte médiatique de la preuve ADN.....	89
b.	La réalité médiatique de la preuve ADN.....	92
2.	La perception des acteurs de la procédure pénale.....	94
a.	La vision positive générale des acteurs de la procédure.....	94
b.	La vision nuancée de rares acteurs de la procédure.....	96
B.	L'utilité relative de la preuve ADN.....	98
1.	L'utilité marginale de l'ADN pour l'identification d'un suspect.....	98
2.	L'utilité significative de l'ADN pour corroborer le faisceau d'indices.....	99

C. L'intérêt controversé du développement de la preuve ADN	100
1. La balance nécessaire des intérêts en cause	100
a. Le risque d'un surinvestissement économique	100
b. Les risques pour les libertés fondamentales.....	102
2. Une évolution périlleuse et hasardeuse	105
a. Un pari temporel et scientifique.....	105
b. Un choix de société.....	106
CONCLUSION	108
ANNEXE.....	110
BIBLIOGRAPHIE.....	112
1. OUVRAGES GENERAUX	112
2. OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES	112
3. ARTICLES ET CONTRIBUTION	113
4. THESES	116
5. RAPPORTS ET AVIS.....	116
6. ACTES LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES.....	116
7. JURISPRUDENCE	118
TABLE DES MATIERES.....	120

RESUME

Cette étude repose sur un travail pluridisciplinaire de recherche théorique et empirique sur le recours au recueil et à l'exploitation de l'ADN humain à tous les stades de la procédure pénale sur le territoire meurthe-et-mosellan de 2003 à 2013. Les analyses juridiques s'appuient sur 2439 décisions de Justice sélectionnées et sur près de 20 entretiens conduits auprès d'acteurs différents de la procédure pénale. L'intérêt d'une telle recherche réside dans l'obtention de résultats chiffrés reflétant la réalité du terrain, afin de déterminer l'utilité réelle des caractéristiques génétiques en procédure pénale et les difficultés susceptibles d'en limiter l'efficacité.

Le rapport produit divise ses résultats en plusieurs parties. Sont présentées successivement la procédure de recueil et d'exploitation (1), la place de la preuve ADN dans les procédures pénales (2), le fichage de l'empreinte génétique (3) et la perception de la preuve ADN dans la société (4).

Pour l'ensemble du corpus criminel comprenant 82 affaires, l'ADN n'a été exclusivement déterminant que pour deux affaires (soit 2,4 %). Au total, matières correctionnelle et criminelle confondues, l'empreinte génétique a été le seul élément à l'origine de l'identification dans seulement 13 affaires (sur un total de 2439 décisions, soit une utilité de l'ADN en matière d'identification de 0,5 %).

Globalement, l'utilisation des empreintes génétiques est, à elle seule, peu décisive, que ce soit au stade de l'enquête ou du jugement. Mais elle s'avère parfois déterminante, ce qui explique la perception extrêmement positive dont elle bénéficie. C'est cette confiance, presque aveugle, en ce moyen d'enquête qui semble justifier la volonté de fichier massivement, potentiellement tous les individus. Mais une telle orientation pose à la fois des difficultés techniques et juridiques (protection des libertés fondamentales) en plus de représenter un poids économique non négligeable dans les frais de justice. L'ADN doit alors être démystifié : bien qu'il soit parfois un très bon outil mis à disposition des services d'enquêtes pour identifier une victime et/ou l'auteur d'une infraction, dans la plupart des hypothèses, il n'est pas la reine des preuves et d'autres indices doivent nécessairement être recherchés et collectés. Le recours aux caractéristiques génétiques doit demeurer strictement encadré pour éviter toute réification des personnes, d'autant que l'ADN n'est, finalement, qu'un moyen de preuve parmi les autres.