

Vers une remise en cause de la légalité du FNAEG ?

Ousmane Gueye, François Pellegrini

► **To cite this version:**

Ousmane Gueye, François Pellegrini. Vers une remise en cause de la légalité du FNAEG?. François Pellegrini. Convergences du Droit et du Numérique, Sep 2017, Bordeaux, France. Actes des Convergences du Droit et du Numérique, pp.1-9, 2017, Convergences du Droit et du Numérique – Actes du colloque. <<http://cdn.u-bordeaux.fr/>>. <hal-01630870v3>

HAL Id: hal-01630870

<https://hal.inria.fr/hal-01630870v3>

Submitted on 5 Dec 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.



Vers une remise en cause de la légalité du FNAEG ?

Ousmane Gueye*

François Pellegrini[†]

Introduction

La naissance de la police scientifique, à la fin du XIXe siècle, est indissociable de celle de la biométrie. L'objectif des travaux de précurseurs tels que Bertillon¹ et Vučetić était de quantifier les caractéristiques physiques des individus et d'en établir une classification efficace. Le but de cette classification était, d'une part, de permettre la transmission de signalements fiables entre brigades et, d'autre part, d'accélérer l'identification des criminels récidivistes par comparaison entre les signalements et/ou traces laissées sur des scènes de crimes et les données de référence contenues dans des fichiers de police (les fameux « sommiers »). Cette quantification, sous forme nativement numérique (taille, poids) ou de valeurs discrètes (couleur des yeux, type de pigmentation, catégories de minuties des empreintes digitales), se prête naturellement à un codage sous forme numérique. C'est ainsi que l'essor de la mécanographie (traitement mécanisé de l'information), entamé sensiblement à la même période, a pu contribuer à nourrir les projets sociétaux de numérotation et de catalogage des personnes qui ont caractérisé le XXe siècle. La naissance de l'informatique moderne, au tournant de la Seconde Guerre mondiale, a accru de façon significative les capacités de traitement, permettant la réalisation de « croisements » entre fichiers, là où la mécanographie ne permettait la réalisation que de simples tris. C'est d'ailleurs en réaction à la tentative de croisement, par l'administration, de l'intégralité des fichiers en sa possession, au moyen d'un identifiant unique des personnes, dans le cadre du projet SAFARI², que fut créée en 1978 la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

La découverte de l'ADN³ en tant que support principal de l'hérédité, et l'évolution des techniques de séquençage permettant d'exposer le code porté par les chromosomes, a profondément révolutionné la biométrie. Toute trace corporelle d'une personne contenant du matériau génétique peut désormais être associée à un individu donné avec une probabilité presque certaine. L'usage de la biométrie génétique pour créer un fichier de police a donc émergé, poussé tant par l'abaissement du coût des analyses que par l'émoi suscité par des crimes particulièrement abjects.

C'est ainsi qu'en 1998 a été créé en France le Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)⁴. Comme en d'autres occasions, le législateur a entendu renforcer les pouvoirs procéduraux

*Doctorant en droit du numérique, Université de La Rochelle, Centre d'Études Juridiques et Politiques, Faculté de Droit, Science Politique et Gestion, 45 rue François de Vaux de Foletier, 17024 La Rochelle cedex 1, France. ousmane.gueye@univ-lr.fr

[†]Professeur d'informatique, Université de Bordeaux, LaBRI & INRIA Bordeaux Sud-Ouest, 351 cours de la Libération, 33405 Talence, France. francois.pellegrini@labri.fr

1. Voir par exemple : « Alphonse Bertillon et l'identification des personnes (1880-1914) », Criminocorpus, <https://criminocorpus.org/fr/expositions/suspects-accuses-coupables/alphonse-bertillon-et-lidentification-des-personnes-1880-1914/>. Consulté le 9 septembre 2017.

2. Le projet SAFARI (« Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus ») visait à l'interconnexion des fichiers nominatifs de l'administration française. Il fut révélé au public en mars 1974 par le quotidien *Le Monde*, dans l'article intitulé « SAFARI ou la chasse aux Français » de PHILIPPE BOUCHER.

3. Pour « acide desoxyribo-nucléique ». L'ADN est constitué de deux brins enroulés en double hélice, chaque brin codant l'information génétique sous la forme de séquences construites au moyen des quatre bases nucléiques identifiées par les lettres A, C, G et T.

4. 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.

de la police judiciaire en lui accordant des moyens dérogatoires du droit commun⁵. Depuis lors, les lois destinées à renforcer les prérogatives de la police judiciaire n'ont jamais cessé de se succéder, chacune visant à étendre le périmètre et les moyens d'actions des enquêteurs dans la recherche d'éléments de preuve⁶, au détriment des libertés individuelles⁷. Ainsi, une loi de 2003 a permis d'inscrire sur ce fichier tout individu suspecté d'un simple délit⁸, conduisant à une augmentation substantielle de sa taille. En 2016, le nombre d'échantillons contenus au sein du fichier était de plus de 3 422 786⁹, représentant près de 5 % de la population française.

Les données génétiques sont des données biométriques très particulières, en ce qu'elles ne renseignent pas seulement sur la personne qui en est le porteur, mais sur l'ensemble de sa lignée : ascendants, descendants et collatéraux. Les techniques de séquençage ne permettent donc pas seulement d'identifier une personne, mais aussi de donner, avec une très forte probabilité, son lien de parenté avec un échantillon de référence. Cette technique, dite de recherche « en parentèle », est occasionnellement utilisée dans le cadre de litiges en paternité ou en succession. Elle ne faisait pas partie des modalités d'usage initiales du FNAEG, celui-ci ayant été présenté comme uniquement destiné à renvoyer une réponse positive ou négative (« *hit / no hit* ») quant à la présence d'un profil génétique dans le fichier. La recherche en parentèle fut pourtant mise en œuvre au sein du FNAEG en 2011, pour une recherche « en aveugle », à l'occasion d'une affaire qui a particulièrement ému l'opinion publique¹⁰. Ce n'est cependant qu'en 2016 que le législateur a autorisé cette pratique. Pour autant, cette autorisation suscite des interrogations au regard de l'article 9 du Code civil et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (aussi dite « Convention européenne des droits de l'Homme »). La recherche en parentèle en aveugle dans le cadre d'enquêtes criminelles n'est-elle pas en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ? La CEDH a déjà eu l'occasion de préciser que « *la protection offerte par l'article 8 de la Convention serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part, et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part [...]* » (§ 112)¹¹. Le FNAEG, tel qu'il est actuellement utilisé, notamment dans le cadre de la recherche en parentèle en aveugle, ne porte-t-il pas atteinte de façon disproportionnée au droit à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel ? Le FNAEG, malgré les efforts fournis par les autorités pour l'intégrer dans le dispositif légal à travers de multiples réformes suscitées par des événements particuliers, est utilisé pour atteindre des finalités différentes de celles qui lui sont attribuées par les textes qui l'instituent (partie II). Cette légèreté blâmable traduit la tentation du fichage généralisé qui inquiète les défenseurs des droits et libertés individuelles, surtout dans un contexte d'état d'urgence quasi permanent (partie I).

Partie I : La tentation du fichage généralisé

La révolution numérique a permis à l'État de moderniser son action, mais aussi de rendre plus efficace le contrôle qu'il exerce sur ses populations. Pour éviter que l'usage de l'informatique ne débouche sur des dérives et des pratiques attentatoires aux droits et libertés fondamentaux, une loi du 6 janvier

5. Code de procédure pénale, articles 706-73 à 706-102. Voir : C. LAZERGES, « La dérive de la procédure pénale », *Revue de science criminelle*, n° 3, 2003, pp. 644-654.

6. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dans son article 49 ; loi du 12 décembre 2005 sur la récidive des infractions pénales, dans son article 18.

7. Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, dans son article 56.

8. La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure (dite « loi Sarkozy »), dans son article 29, élargit l'usage du FNAEG à de simples délits (vol, tag, arrachage d'OGM, etc.) et permet aussi d'inclure de simples suspects.

9. Marion VAN RENTERGHEM, « La tentation du fichage génétique de masse », *Le Monde*, 25 septembre 2006, http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2006/09/25/la-tentation-du-fichage-genetique-de-masse_816576_3208.html.

10. Voir *infra*.

11. CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, S. et Marper c. Royaume-Uni, Req. n° 30562/04.

1978, dite « Informatique et Libertés », l'une des premières du genre, a été adoptée en France.

Aujourd'hui, le respect des dispositions de cette réglementation par la puissance publique se pose, en raison notamment de sa volonté de plus en plus manifeste de fichier toute la population au travers des fichiers qu'elle met en œuvre en un nombre sans cesse croissant. Ces fichiers font craindre l'ère d'une surveillance généralisée. Deux facteurs peuvent témoigner de ce fait : il s'agit d'une part de l'extension des fichiers administratifs en fichiers de police (I) et, d'autre part, de l'extension du fichier FNAEG aux personnes impliquées dans les délits banals (II).

1. Extension des fichiers administratifs en fichiers de police

Les pouvoirs publics et l'autorité judiciaire rivalisent d'ingéniosité pour collecter des données personnelles au sein de fichiers susceptibles d'usage à des fins de contrôle et de surveillance des individus. C'est ainsi que le fichier TES (« Titres électroniques sécurisés ») a été étendu pour regrouper, au sein d'une base de données centralisée, non seulement les informations nominatives de tous les Français détenteurs d'un passeport ou d'une carte nationale d'identité, mais aussi leurs données biométriques, telles que la photographie du visage et les empreintes digitales. Ce fichier n'est cependant que l'un des nombreux fichiers existentiels tenus par les autorités administratives ou les organismes publics et parapublics, auxquels s'ajoutent plus de 80 fichiers de police¹².

La nouvelle version du fichier TES constitue un dispositif particulièrement impressionnant, permettant en pratique la collecte des mêmes données et pour les mêmes usages que la loi de mars 2012 « relative à la protection de l'identité »¹³ qui avait été censurée par le Conseil constitutionnel. Saisie suite à l'émoi suscité chez les défenseurs des libertés par l'instauration d'un fichier des « gens honnêtes », la Haute juridiction avait en effet déclaré contraires à la Constitution certaines dispositions de ladite loi, pour trois raisons liées au droit au respect de la vie privée :

- l'ampleur des données collectées sur « la quasi-totalité de la population française », et notamment les empreintes digitales, considérées comme « particulièrement sensibles » ;
- les caractéristiques techniques du fichier, qui le rendraient utilisable « à d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne » ;
- le fait que la loi autorise l'utilisation du fichier « à des fins de police administrative ou judiciaire ».

La lutte contre la fraude documentaire et l'usurpation d'identité, qui ont été invoquées pour justifier la nécessité du TES, constitue également l'une des finalités du Fichier automatisé des empreintes digitales (FAED). Ce fichier commun à la police et la gendarmerie nationales, créé par le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 (modifié en 2005), permet :

- d'identifier les traces digitales et palmaires relevées sur les scènes d'infraction afin de rechercher et d'identifier les auteurs de crimes ou de délits ;
- de détecter les usurpations d'identité et les identités multiples.

L'enregistrement systématique dans le FAED de tout individu mis en cause dans une enquête, de façon directe ou indirecte, a lui aussi suscité des réactions visant à préserver les libertés publiques. Dans une décision du 18 avril 2013¹⁴, la Cour européenne des droits de l'Homme a sanctionné la France, en se fondant sur le fait que « *la conservation des empreintes digitales d'un ressortissant non condamné dans un fichier automatisé, constitue une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée, cette mesure ne pouvant être considérée comme nécessaire dans une société démocratique* ».

Aujourd'hui, au prétexte de la simplification du déroulement de la procédure pénale, le législateur permet à la police et à la gendarmerie, dans le cadre d'une enquête, de mener toute action qui paraît utile à la résolution de l'affaire. Cela autorise en pratique la consultation de tous les fichiers de l'ad-

12. Voir : « Rapport 2008 du groupe de contrôle des fichiers de police et de gendarmerie », http://www.lemonde.fr/mmpub/edt/doc/20081211/1129541_rapport_fichiers_v17.pdf.

13. Loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité.

14. Décision CEDH n° 19522/09 du 18 avril 2013, M. K. c/ France.

ministration, ainsi que la mise en œuvre des moyens publics pour traquer l'individu dans ses moindres faits et gestes, parfois en violation des droits et libertés individuelles.

Dans un rapport de 2008 commandé par le ministre de l'Intérieur, le Groupe de contrôle des fichiers de police et de la gendarmerie en charge d'examiner la mise en œuvre des dispositifs, après avoir constaté la nécessité de ces fichiers dans l'exercice des fonctions des autorités judiciaires, avait recommandé, entre autres :

- d'améliorer la procédure de création ou de développement des fichiers de police et de gendarmerie (qui reste très nébuleuse), notamment en institutionnalisant le groupe de contrôle sur les fichiers ;
- de fournir à la population une information pédagogique sur ces fichiers ;
- de définir les modalités de destruction, d'archivage et de transfert des fichiers ;
- de mieux contrôler l'utilisation des fichiers ;
- de désigner un expert « Informatique & Libertés » au sein des services de police et de gendarmerie.

Ces propositions de mesures, destinées à favoriser la transparence et à veiller au respect des droits et libertés individuelles, n'ont pas reçu l'assentiment de l'État, nonobstant tous les manquements relevés dans ce rapport. Les conditions de création et de mise à disposition des fichiers laissent penser que les gouvernements s'inscrivent désormais dans la logique de faciliter le recours dans les procédures pénales à l'ensemble des bases de données disponibles, dans la perspective de l'élucidation des affaires. C'est sans doute pourquoi les autorités de police et de gendarmerie étendent en pratique le fichier aux personnes impliquées dans des délits banals.

2. L'extension du fichier FNAEG aux personnes impliquées dans les délits banals

Le FNAEG a été créé par la loi du 17 juin 1998 relative à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs et mis en œuvre par un décret du 18 mai 2000. Sa finalité principale était d'identifier les récidivistes des infractions les plus graves à l'aide de leur profil génétique, ainsi que les personnes disparues et les cadavres non identifiés.

La collecte de l'empreinte génétique d'une personne requiert un prélèvement biologique sur celle-ci, ce qui constitue a priori une atteinte à son intégrité physique. À cela s'ajoutent les craintes pour le droit au respect de la vie privée que suscitent la conservation et l'exploitation de ces empreintes. C'est pourquoi, afin de garantir la proportionnalité du dispositif et de le rendre acceptable par la population, les possibilités d'enregistrement dans le FNAEG étaient à l'origine très limitées : seules les empreintes génétiques des personnes reconnues coupables d'une infraction à caractère sexuel ou de certaines atteintes aux mineurs pouvaient être conservées. Ces modalités ont été progressivement élargies par des réformes successives : d'abord aux principaux crimes d'atteinte aux personnes et aux biens par une loi de 2001¹⁵, puis, par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure et enfin par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Le législateur, par un décret de mars 2004¹⁶, a modifié le Code de procédure pénale (CPP) pour y intégrer les dispositions de ces textes et également faciliter les modalités d'alimentation et de consultation du FNAEG.

En pratique, la police relève aujourd'hui systématiquement l'ADN de toute personne en garde à vue, nonobstant la présomption d'innocence qui est un des piliers du droit pénal. Sachant que le simple fait de conserver les empreintes génétiques d'une personne est susceptible de la stigmatiser ou de créer une discrimination à son encontre, se pose la question de savoir si ces pratiques ne constituent pas une atteinte disproportionnée à la protection des droits et libertés des personnes.

En 2015, 3 006 991 profils génétiques étaient enregistrés au sein du FNAEG. Ce nombre particulièrement important se répartit comme suit :

15. Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

16. Décret n° 2004-470 du 25 mai 2004 modifiant le Code de procédure pénale (deuxième partie : décrets en Conseil d'État) et relatif au Fichier national automatisé des empreintes génétiques.

- 472 505 personnes condamnées, soit 16 % du nombre de personnes inscrites au fichier ;
- 2 280 448 personnes mises en cause au cours d'une enquête, soit 76 % des personnes concernées ;
- 254 038 traces de personnes inconnues, soit 8 % du total.

Ainsi, alors qu'il ressort des textes qui l'instituent que le FNAEG est un fichier d'identification qui n'a pas pour objectif de conserver les antécédents judiciaires, comment justifier l'enregistrement de l'ADN de 76 % des profils dans le fichier en dépit du fait que les auteurs n'ont pas été condamnés pour les infractions citées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale ? Quelle que soit l'efficacité de cette pratique dans la résolution des crimes, l'enregistrement systématique des empreintes génétiques des auteurs des infractions mineures ou, dans certains cas, de simples mis en cause, en l'absence de tout encadrement, ne constitue-t-il pas un détournement de finalité ?

Partie II : De la légalité au détournement de finalité du FNAEG

Le principe de la légalité des délits et des peines, qui est une garantie fondamentale des droits de la personne devant les juridictions répressives, suppose la nécessité pour le législateur de prévoir des dispositions législatives ou réglementaires qui précisent le champ d'application du FNAEG. Jusqu'à présent, cette exigence semble faire défaut en France, d'autant plus que le Code de procédure pénale ne contient pas de prescriptions particulières qui déterminent notamment, le régime de général de la recherche en parentèle (I). Ce manquement résulte de la législation du FNAEG elle-même, qui reste ambiguë à plusieurs égards, comme semble l'indiquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (II).

1. La problématique de la recherche en parentèle

La recherche en parentèle est une technique permettant de déterminer le degré de parenté (ou son absence) entre deux échantillons. Comme pour la recherche directe, elle est basée sur la recherche de correspondances entre deux échantillons d'ADN.

En l'état actuel de la science, on considère que l'ADN est constitué de segments codants, qui servent à produire les protéines du vivant, et de segments non codants, qui ne semblent pas participer à cette production. Les segments codants présentent une faible variabilité génétique, car la plupart de leurs mutations conduisent à la production de protéines dysfonctionnelles, aux conséquences létales car inaptes à participer au développement de l'embryon ou de l'enfant qui les porte. À l'inverse, les segments non codants présentent une très forte variabilité car, du fait que leurs mutations ne semblent pas létales, peu de pression de sélection s'exerce sur eux. Il existe donc une bien plus forte probabilité que deux personnes différentes ne possèdent pas les mêmes segments non codants, et ce sont donc ces derniers qui sont utilisés à l'heure actuelle pour l'identification des personnes. Plus les deux échantillons comparés possèdent de segments non codants identiques et plus le degré de proximité parentale entre les deux est élevé, jusqu'à la correspondance parfaite lorsqu'il s'agit de la même personne ou de son vrai jumeau. Il est à noter qu'en dépit d'une pression toujours plus forte des services d'enquête, le législateur s'est pour le moment refusé à considérer l'étude des segments codants dans les enquêtes criminelles, car lesdits segments peuvent révéler des renseignements très intimes sur les personnes : couleur des yeux, des cheveux, de la peau, maladies génétiques portées, etc.¹⁷ L'article 706-56-1-1 du Code de procédure pénale dispose que la liste des segments non codants devant être exclusivement considérés pour l'identification des personnes, y compris en parentèle, est fixée par arrêté, dont le dernier en date est celui du 6 juillet 2016¹⁸.

Alors qu'elle est utilisée depuis longtemps aux États-Unis, la recherche en parentèle est une pratique récente en France dans le cadre des enquêtes criminelles. Elle y fut employée pour la première fois

17. Cependant, dans une affaire récente en France, le magistrat enquêteur a demandé qu'un profil phénotypique d'un suspect soit établi à partir du profil génétique de l'échantillon collecté, ouvrant ainsi une brèche jurisprudentielle.

18. Voir : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2016/7/6/JUSD1618384A/jo/texte> .

en 2011, dans le cadre de l'affaire « Élodie Kulik », une jeune femme violée et étranglée par plusieurs agresseurs le 10 janvier 2002, dans la Somme. Les enquêteurs furent mis sur la piste d'un premier auteur en 2011, une fois établie la correspondance entre l'ADN retrouvé sur la scène de crime et celui de son père, dont le profil génétique était enregistré dans le FNAEG pour avoir été condamné en 2001 pour des faits d'agressions sexuelles. Bien que le mis en cause soit mort dans un accident en 2003, son complice présumé, mis en cause suite à l'identification du principal protagoniste, est confondu. L'affaire est considérée comme élucidée le 16 janvier 2012, et ledit complice est renvoyé le 6 avril 2017 par les juges devant la cour d'assises. Les conséquences de l'absence de base légale sur la validité des preuves présentées ne sont à l'heure actuelle pas encore connues.

Pour continuer à mettre en œuvre cette technique redoutablement efficace, un protocole fut signé le 1^{er} octobre 2012 entre la Direction des affaires criminelles et des grâces, le directeur général de la police nationale et le directeur général de la gendarmerie nationale, notamment pour entériner le régime de l'expertise en parentèle et plus généralement de l'analyse des empreintes génétiques.

Bien que ce protocole n'a fait l'objet d'aucune publication, la 1^{ère} section de la Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris l'a invoqué comme base légale dans son arrêt du 12 décembre 2016, pour rejeter une demande de nullité d'actes de la procédure dans une affaire de viols aggravés et d'agressions sexuelles aggravées dont les preuves ont été obtenues principalement par la recherche en parentèle en aveugle.

La particularité de cette décision est qu'elle reconnaît la validité d'une recherche en parentèle ayant permis de cibler des collatéraux dont l'un sera finalement identifié comme porteur de l'ADN retrouvé à l'époque des faits en 2009. Pour autant, le Code de procédure pénale ne contient aucune disposition particulière permettant l'identification des collatéraux par leurs empreintes génétiques. L'article 706-56-1-1 du CPP, créé par l'article 80 de la loi du 3 juin 2016, qui reconnaît la recherche en parentèle, ne l'autorise expressément qu'« *aux fins de recherche de personnes pouvant être apparentées en ligne directe [. . .]* »¹⁹, excluant ainsi les fratries et cousins²⁰. Saisie en dernier ressort, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 juin 2017, après avoir constaté que la cour d'appel n'était pas fondée à appuyer sa décision sur le protocole susmentionné, a décidé que « *l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure dès lors que les articles 81, 706-54 et suivants du Code de procédure pénale permettaient au juge d'instruction d'ordonner une expertise ayant pour objet l'identification et la recherche des auteurs des crimes et délits mentionnés par l'article 706-55 dudit code en sélectionnant, par une comparaison avec le profil génétique identifié comme étant celui de l'auteur de l'infraction* ».

Cette jurisprudence reste discutable en raison du fait que la Cour de cassation semble se substituer à la Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris pour trouver une base légale à sa décision alors qu'en sa qualité de juge de droit, son rôle se limite à dire si les juges du fond ont fait une exacte application de la loi au regard des données de fait. La volonté de désigner un coupable après des années d'enquêtes criminelles n'aurait-elle pas pris le dessus sur les fondamentaux du droit pénal ?

De surcroît, le simple fait que la recherche en parentèle qui a été menée dans cette affaire, ait permis d'identifier un collatéral et non un descendant en ligne directe, comme le prévoit expressément l'article 706-56-1-1 du CPP précité, jette le discrédit sur cette jurisprudence, notamment quant au respect du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale par le juge, prévue à l'article 111-4 du Code pénal. Le raisonnement de la Cour de cassation conduit en effet à faire de l'article 705-54 une base légale de la recherche en parentèle, alors que cette disposition semble viser les conditions pour lesquelles il est autorisé, dans le cadre d'une enquête judiciaire, de procéder à un rapprochement de l'empreinte de l'auteur présumé d'une infraction avec les données du fichier.

Cette jurisprudence confirme les propos de CATHERINE BOURGAIN, généticienne à l'Inserm, qui a déjà

19. Article 706-56-1-1 du Code de procédure pénale, créé par l'art. 80 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

20. On ne peut s'empêcher de penser que cette limitation a été posée afin de restreindre ce dispositif aux recherches en paternité, lorsque les deux personnes sont connues. Son usage pour les recherches en aveugle est plus que discutable, voir *infra*.

dénoncé les écueils possibles du FNAEG en indiquant qu'« *on peut faire dire aux données ADN autre chose que ce pourquoi elles étaient prévues* » c'est-à-dire « *que si l'un de vos proches est fiché, vous l'êtes aussi en partie* »²¹. Cette situation soulève également des inquiétudes sur les atteintes à la vie privée de personnes qui ne sont pas directement concernées, dont le nombre est très important. En effet, la présence de l'ADN d'une personne renseigne de façon fiable sur ses deux parents biologiques, ainsi que sur ses enfants. En supposant qu'en France le nombre moyen d'enfants par femme est d'environ 2,1²², qu'il y a à peu près autant d'hommes que de femmes dans la population, et que les deux parents et les enfants de chaque personne sont effectivement connus²³, on peut considérer que chaque personne possède environ 2,1 descendants directs en moyenne et donc que le coefficient multiplicateur entre le nombre de personnes présentes et celles qu'il est possible d'impliquer directement ou indirectement est de 5,1²⁴. Sur la base des chiffres de 2015, le FNAEG permet ainsi d'identifier directement et indirectement plus de 14 millions de personnes. En incluant la recherche en parentèle indirecte sur la fratrie, une personne ayant en moyenne $(2,1 - 1) = 1,1$ sœurs ou frères, ce coefficient peut s'élever jusqu'à 6,2²⁵. Les réserves du Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 septembre 2010, doivent être interprétées comme une mise en garde à l'encontre du législateur pour l'obliger à compléter et à préciser l'encadrement légal du FNAEG afin d'éviter toute interprétation extensive, surtout lorsque des situations non prévues sont soumises aux juges.

2. Une législation ambiguë

Le Conseil constitutionnel a été déjà saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour examiner la conformité à la Constitution des dispositions ayant institué le FNAEG. Dans sa décision, la Haute juridiction a jugé conformes les articles 706-54, 706-55 et 706-56 du Code de procédure pénale, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure²⁶, sans manquer de soulever deux réserves d'interprétation fondées sur l'article 9 de la Déclaration de 1789 qui, en matière de procédure pénale, proscrit « *toute rigueur qui ne serait pas nécessaire* ».

La première de ces réserves concerne les infractions permettant un prélèvement d'ADN aux fins de rapprochement avec les données du fichier, énoncées dans le 3^{ème} alinéa de l'article 706-54 du CPP. Le Conseil a spécifié que l'expression « crime ou délit » employée par le législateur dans ledit 3^{ème} alinéa devait s'interpréter comme limitant ce prélèvement à l'égard des personnes soupçonnées d'avoir commis les infractions énumérées à l'article 706-55 du CPP. Par conséquent, la commission d'une simple contravention ou d'un délit non visé par cet article ne peut donc pas conduire à un tel prélèvement (cons. 19).

21. Simon PIEL, « Comment l'enquête sur le meurtre d'Elodie Kulik a été relancée par l'ADN d'un parent », *Le Monde*, 21 février 2012, http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/02/21/comment-l-enquete-sur-le-meurtre-d-elodie-kulik-a-ete-relancee-par-l-adn_1642851_3224.html.

22. Source INSEE, voir : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1379743>.

23. Le pourcentage d'enfants nés d'adultère n'est pas négligeable, sans pour autant qu'il soit possible de disposer de chiffres fiables en la matière. Le fichage génétique systématique promu par certains pourrait incidemment permettre au responsable du fichier d'identifier tous les enfants nés de dons de gamètes ou d'adultère, ainsi que les géniteurs dont les empreintes seraient contenues dans le fichier.

24. Cette estimation fait abstraction de nombreux autres biais, tels le fait que la natalité des catégories socio-professionnelles inférieures, les plus représentées parmi les auteurs d'infractions actuellement susceptibles d'inscription au FNAEG, est supérieure à la moyenne, ou encore que si deux enfants sont fichés, ni eux ni leurs parents ne doivent être comptés deux fois. Pour autant, son ordre de grandeur doit être considéré comme pertinent pour le nombre d'inscrits considéré.

25. Cette dernière valeur n'est que théorique, car la fiabilité d'identification des fratries est bien inférieure à celle en ligne directe. En effet, selon la manière dont les segments non codants des parents sont répartis dans leurs gamètes, deux enfants peuvent avoir en commun moins de segments non codants que deux personnes non apparentées. De façon générale, le risque d'erreur d'interprétation des résultats de correspondances génétiques doit inciter les enquêteurs et magistrats à la plus grande prudence quant à l'usage de ces résultats dans leurs procédures.

26. Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010.

La seconde de ces réserves porte sur la fixation de la durée de conservation des empreintes au fichier. Le Conseil constitutionnel a jugé qu'il appartient au pouvoir réglementaire de préciser par décret cette durée, de la « *proportionner compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs* » (cons. 18). Cette décision n'est pas sans incidence sur la croissance du nombre de profils génétiques au FNAEG, l'élargissement des crimes et délits concernés en étant la principale cause. Conçu spécifiquement pour fichier les criminels sexuels, le fichier ratisse large aujourd'hui puisqu'il va des auteurs des crimes contre l'humanité aux vols simples et aux arracheurs d'OGM.

Le prélèvement d'empreintes génétiques suppose en principe le consentement exprès de son auteur, mais l'article 706-56 du CPP semble se passer de ce consentement puisqu'il fait du refus de s'y soumettre un délit continu qui expose son auteur à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. Cette peine est doublée lorsque les faits sont commis par une personne condamnée pour crime. À cela s'ajoutent les prélèvements par surprise que peuvent faire les officiers de police. La pratique consiste généralement à récupérer, à l'occasion d'un interrogatoire, la salive déposée sur un gobelet, ou l'un des cheveux de la personne, parfois à son insu. Un magistrat du TGI de Paris indique ainsi que « *rien n'oblige les officiers de police judiciaire à prévenir du fichage ADN lors d'un prélèvement clandestin* »²⁷.

La CEDH est récemment intervenue pour sanctionner la France pour fichage abusif. Dans sa décision du 22 juin 2017, la Cour a rappelé 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. La CEDH a estimé que la condamnation d'une personne pour son refus de prélèvements d'empreintes génétiques, était contraire au droit au respect de la vie privée. « La Cour considère que le régime actuel de conservation des profils ADN dans le FNAEG n'offre donc pas, en raison tant de sa durée que de l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante à l'intéressé et ne traduit donc pas un juste équilibre entre les intérêts concurrents, publics et privés, en jeu.²⁸ » Cette décision semble aujourd'hui inspirer la jurisprudence française, notamment quant à l'appréciation du « délit continu » de refus de prélèvement d'ADN. Ainsi, par un jugement du 3 novembre 2017, le tribunal de Paris a prononcé la relaxe d'un militant anti-publicité poursuivi pour ce délit, au motif que les faits qui lui sont reprochés ne justifient pas une inscription au FNAEG.

À la lumière des éléments ci-dessus, la proportionnalité du FNAEG, sous sa forme et son usage actuels, peut donc être questionnée à plusieurs titres.

En premier lieu, si la recherche en parentèle directe peut faire sens dans les recherches en paternité, pour laquelle les deux individus sont connus, la recherche en parentèle à l'aveugle dans le FNAEG, directe ou indirecte, constitue un détournement manifeste de finalité. En effet, le FNAEG n'est dans ce cas utilisé que comme un fichier « de circonstance », de « gens honnêtes », puisqu'en dépit de leurs infractions passées les personnes fichées n'ont en l'espèce pas commis l'acte faisant l'objet de la recherche. La recherche en parentèle ne présenterait aucun intérêt pratique si le FNAEG ne contenait que quelques milliers de criminels ; son efficacité est donc conditionnée par l'existence préalable d'un fichage de masse. Qui plus est, les infractions susceptibles de conduire au fichage sont celles généralement commises par des individus appartenant aux groupes sociaux les moins favorisés, alors que la criminalité en col blanc est exclue de ce type de fichage. La recherche en parentèle en aveugle induit donc une inégalité devant la loi au détriment des « gens honnêtes » les moins aisés.

En deuxième lieu, le fait que la recherche en parentèle en aveugle ne permette pas l'identification d'une unique personne, mais renvoie l'information que l'un des descendants d'une personne présente puisse être incriminé, semble manifestement contrevenir aux dispositions de l'article 12 de la directive 2016/680²⁹, selon lequel : « *le traitement des données génétiques, des données biométriques* » est restreint « *aux fins d'identifier une personne physique de manière unique* », ce qui n'est pas le cas.

27. Évelyne SIRE-MARIN, « La société du soupçon - Pucés, filmés, fichés, quelles alternatives? », in *Contre l'arbitraire du pouvoir - 12 propositions*, La Fabrique, Paris, février 2012, ISBN : 978-2-358-72026-7, pp. 97-120, <http://lafabrique.fr/contre-larbitraire-du-pouvoir/>.

28. Communiqué de presse CEDH n° 215 (2017).

29. Directive (UE) 2016/680 du 2 avril 2016 du Parlement européen et du Conseil, relative à la protection des personnes

En troisième lieu, le fait que le FNAEG contienne actuellement les données de près de 5 % de la population, couplé à la possibilité de recherche en parentèle indirecte, étend le pouvoir d'atteinte de ce fichier à une fraction considérable de la population française. On se trouve donc en présence d'un « méga-fichier » par destination, ciblant spécifiquement les « gens honnêtes ». Ces modalités d'usage devraient donc en toute logique être censurées par le Conseil constitutionnel, selon le même raisonnement que celui employé en 2012. Indépendamment de la problématique de la recherche en parentèle en aveugle, la proportionnalité du FNAEG peut être questionnée sur la seule base du nombre important de personnes qu'il contient.

Il résulte de ces considérations que la législation du FNAEG révèle des incohérences et mérite à cet effet d'être révisée pour assurer la protection des libertés individuelles telles qu'elles sont garanties par les textes fondamentaux. Une application stricte du principe de proportionnalité devrait également conduire à une purge significative de son contenu.

Conclusion

La réglementation de l'usage des technologies numériques reste un défi pour le droit. Là où les « méga-fichiers », et en particulier le FNAEG, sont perçus comme une menace pour le droit à la vie privée, l'État les considère comme des outils indispensables aux enquêtes criminelles, permettant de facto d'assurer pleinement sa mission de protection des populations. Face à la médiatisation de la criminalité et au spectre du terrorisme islamiste, les pouvoirs surenchérissent en créant des banques de données biométriques de plus en plus importantes, et en mettant en place, dans le cadre du traité de Prüm³⁰, un échange facilité de ces données.

Pour autant, ce n'est pas parce qu'une technologie est rendue possible par le progrès scientifique et technique qu'elle doit être utilisée. Face au risque de leur dévoiement, la main du législateur ne doit pas trembler. C'est ainsi qu'en 2011, le Royaume-Uni, pourtant grand adepte des technologies de surveillance de masse, détruisit son National Identity Register. De même, les Pays-Bas interdirent la création de tels méga-fichiers, que la centralisation rend qui plus est extrêmement vulnérables. La France, sous le double regard des exemples voisins et de la législation européenne, saura-t-elle retrouver le sens de la mesure ?

physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

30. Le traité de Prüm a été signé le 27 mai 2005 à Prüm, en Allemagne, par sept États membres de l'Union européenne : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas. Il prévoit notamment l'échange de données génétiques, d'empreintes digitales et autres données à caractère personnel.