

Les empreintes génétiques

Un régime fragile, entre caractéristiques génétiques et données personnelles***

Florence Bellivier* et Christine Noiville**

A l'instar d'un nombre croissant d'autres pays dans le monde, la France a créé, par la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et la répression des crimes sexuels, un fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) fondé sur la puissance identificatoire de l'ADN et destiné à lutter plus efficacement contre la délinquance et la criminalité. En effet, comme diverses institutions le martèlent depuis les années 80, l'identification par empreintes génétiques présente l'avantage, si elle est effectuée dans les règles de l'art, de produire des résultats dont la marge d'erreur est infinitésimale. Comment les pouvoirs publics s'y sont-ils pris pour faire accepter socialement ce qui est bien davantage qu'un simple outil d'identification plus commode qu'un autre ? Tout en insistant sur l'analogie - douteuse - entre empreintes génétiques et empreintes digitales, il a fallu déployer une stratégie sémantique fondée sur une mise à distance des empreintes génétiques avec les caractéristiques génétiques. Toutefois, la notion d'identification par empreinte génétique étant évolutive, certains des garde-fous que l'on avait brandis pour la justifier suscitent aujourd'hui l'interrogation. En outre, au-delà de la symbolique propre à l'ADN - molécule constitutive du vivant -, le fichage des empreintes génétiques a, par un effet retour, mis en lumière les controverses liées plus généralement à la mise en fiche de données personnelles autre que génétiques.

(2017) 22 Lex-Electronica.org 97

Copyright © 2017 Florence Bellivier & Christine Noiville.

* Professeur de droit privé et Co-directrice de l'UFR Droit et science politique de l'Université Paris Nanterre

** Chercheur au CNRS et directrice du centre « Droit, sciences et techniques » (CNRS, Paris 1)

*** Le présent article est issu d'une recherche soutenue par l'ANR, intitulée FiTeGE (« Fichiers et témoins génétiques : généalogie, enjeux sociaux, circulation ») et coordonnée par Joëlle Vailly, Inserm / IRIS.

Introduction	99
1. Les empreintes génétiques, entre filiation avec les empreintes digitales et mise à distance des caractéristiques génétiques : la stratégie d'acceptation du FNAEG	101
1.1. L'analogie trompeuse entre empreintes génétiques et empreintes digitales	102
1.2. Empreintes génétiques <i>versus</i> caractéristiques génétiques	105
2. Le caractère évolutif de la notion d'identification par les empreintes génétiques	108
2.1. Codant / non codant : une opposition dépassée ?	108
2.2. La solidité de la frontière entre les articles 16-10 et 16-11 du Code civil mise à l'épreuve	109
3. Les empreintes génétiques, foyer de la contestation de la mise en fiche des données personnelles ?	112

Les empreintes génétiques

Un régime fragile, entre caractéristiques génétiques et données personnelles

Florence Bellivier et Christine NoivilleAuteur

INTRODUCTION

A l'instar d'un nombre croissant d'autres pays dans le monde, la France a créé, par la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et la répression des crimes sexuels¹, un fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) fondé sur la puissance identificatoire de l'ADN et destiné à lutter plus efficacement contre la délinquance et la criminalité. En effet, comme diverses institutions le martèlent depuis les années 80², l'identification par empreintes génétiques présente l'avantage, si elle est effectuée dans les règles de l'art, de produire des résultats dont la marge d'erreur est infinitésimale³. En pratique, le système est fondé sur la comparaison entre des

1. Voir l'article 706-54 du Code de procédure pénale issu de la 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. Les conditions de fonctionnement du fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) ont été précisées par les dispositions des articles R. 53-9 à R. 53-21 du Code de procédure pénale, résultant du décret n° 2000-413 du 18 mai 2000. Elles ont depuis lors été modifiées par les décrets 2002-697 du 30 avril 2002 et 2004-470 du 25 mai 2004.
2. Voir notamment la recommandation n° R (92) 1 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 10 février 1992 sur l'utilisation des analyses d'ADN dans le cadre du système de justice pénale, ou encore la résolution du 9 juin 1997 du Conseil de l'Union européenne incitant directement les Etats membres à se doter de bases nationales de données susceptibles, dans le cadre de la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, de faire l'objet d'échanges et de rapprochements internationaux.
3. Avec la méthodologie actuellement en vigueur, la probabilité d'erreur serait d'un sur 14000 milliards. Cette estimation vaut lorsque la comparaison se fait d'individu à individu à partir de 21 segments d'ADN comme le prévoit l'arrêté du 10 août 2015 fixant la liste des segments d'ADN sur lesquels portent les analyses génétiques pratiquées aux fins d'utilisation du fichier national automatisé des empreintes génétiques, JO du 21 août 2015 p. 14645. Sur cette question, on pourra se reporter à l'étude « Empreintes génétiques » du Dictionnaire permanent santé, bioéthique, biotechnologies (DPSBB), 2015 p. 839 et s. La question est évidemment cruciale pour la partie au procès qui a intérêt à contester une preuve obtenue par ADN. Sur la façon dont les acteurs du

empreintes déjà fichées et de l'ADN recueilli, à l'occasion de la commission d'une infraction, sur la scène du crime ou du délit ou prélevé sur une personne suspectée. La comparaison de l'ADN et de l'empreinte ou de la trace fichée peut ainsi aboutir à identifier une personne déjà fichée au FNAEG ou, à tout le moins, à rapprocher l'enquête en cours d'une autre affaire à l'occasion de laquelle une trace avait été recueillie et analysée. Les résultats obtenus le sont sous la forme d'une non-concordance qui aboutit de façon certaine à une exclusion ou d'une concordance qui résulte en une inclusion, laquelle s'exprime au moyen d'une probabilité. Si les usages de cette méthode sont particulièrement connus et discutés pour l'élucidation des infractions, le FNAEG contient également les empreintes génétiques recueillies à l'occasion de recherches sur les causes de mort violente ou de disparition (article 706-54 al. 4 1° du Code de procédure pénale, renvoyant aux articles 74, 74-1 et 80-4 du même code) et des recherches aux fins d'identification de personnes décédées dont l'identité n'a pu être établie (art. 706-54 al. 4 2° CPP, renvoyant à l'article 16-11 du Code civil).

Depuis sa création il y a presque 20 ans, le FNAEG a connu une extension considérable, réalisée à titre principal par les lois du 15 novembre 2001⁴ et du 18 mars 2003⁵. Les infractions pour lesquelles l'ADN peut être recueilli ou prélevé et une empreinte obtenue, comparée ou conservée⁶ sont en effet de plus en plus nombreuses : à l'origine limitées aux infractions sexuelles, en raison de la très forte réprobation de ces dernières par notre société et de l'idée inexacte mais tenace selon laquelle les violeurs sont plus récidivistes que les autres criminels⁷, elles concernent désormais quantité d'autres infractions contre les personnes d'une part (crimes contre l'humanité, proxénétisme, torture, etc.), contre les biens d'autre part (trafic de stupéfiants, vol, escroquerie, etc.)⁸. Plus de 200 infractions sont ainsi concernées, seules quelques-unes échappant encore aux rets du fichier, comme les délits routiers ou la délinquance financière. Aujourd'hui, le FNAEG rassemble plus de 3,4 millions d'empreintes, cette extension allant de pair avec un effritement de la spécificité de l'empreinte génétique : la continuité conceptuelle entre le modus operandi de l'agresseur sexuel (seul, à l'origine, visé par le fichier) et la façon dont fonctionne la preuve (le violeur laissant une trace de son forfait), que l'on peut encore observer avec le voleur laissant une trace biologique de son passage, n'existe plus pour l'escroc ou le responsable d'un crime contre l'humanité. Aussi l'extension du fichier s'est-elle

procès se saisissent des résultats scientifiques, on pourra se reporter à J.-R Demarchi, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012, p. 239 et s., n° 449 et s. Adde : E. Supiot, « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects juridiques et éthiques », (2015) 4 RSC 827.

4. Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, JO 16 novembre.
5. Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JO 19 mars.
6. Pour l'hypothèse de la seule comparaison, voir l'article 706-54 al. 3 CPP.
7. Voir les statistiques dans *Les chiffres-clés de la justice 2015*, p. 19, disponible sur http://www.justice.gouv.fr/publication/chiffres_cles_20151005.pdf.
8. Voir la liste des infractions concernées dans l'étude précitée, « Empreintes génétiques », du DPSBB, n°40.

auto-justifiée, moins par le recours au proverbe « Qui vole un œuf vole un bœuf » (l'escroc deviendra voleur) que par le postulat selon lequel plus le fichier contiendra d'informations, plus il sera performant. D'où le recours devenu routinier à ce mode de preuve qu'est l'empreinte génétique.

Dans ce contexte et avec le recul dont on dispose à présent, se posent des questions fondamentales relatives aux pratiques de fichage et d'utilisation des empreintes génétiques, au statut exact que les différents acteurs de la justice pénale entendent attribuer à ce mode de preuve par rapport à d'autres, à la circulation des empreintes génétiques dans le monde via les systèmes de coopération policière et judiciaire en place (systèmes Prüm ou Interpol) ou encore à la façon dont l'enrichissement et l'exploitation du FNAEG s'articulent avec l'exigence du respect des droits fondamentaux. On relèvera à cet égard que le fichier comporte beaucoup plus d'empreintes de personnes mises en cause que condamnées⁹.

Sans répondre à ces interrogations aussi complexes que variées, la méthode consistant à partir des notions, ici celles d'empreinte et de caractéristique génétiques, pour aller vers les régimes, permet de mettre en lumière la façon dont s'est élaborée une politique destinée à faire accepter socialement ce qui est bien davantage qu'un simple outil d'identification plus commode qu'un autre. À cette fin, il vaut la peine de s'arrêter d'abord sur la façon dont, pour faire accepter le FNAEG, il a fallu déployer une stratégie sémantique fondée sur une filiation entre empreintes génétiques et empreintes digitales et une mise à distance de celles-là avec les caractéristiques génétiques. On verra ensuite que la notion d'identification par empreinte génétique est en réalité évolutive et que certains des garde-fous que l'on avait brandis pour la justifier suscitent aujourd'hui l'interrogation. Enfin, au-delà de la symbolique propre à l'ADN -molécule constitutive du vivant-, le fichage des empreintes génétiques a, par un effet retour, mis en lumière les controverses liées plus généralement à la mise en fiche de données personnelles.

1. Les empreintes génétiques, entre filiation avec les empreintes digitales et mise à distance des

9. Au 1er septembre 2013, d'après la CNIL, le fichier contenait, outre 149 097 traces non identifiées, les profils génétiques de 2 547 499 individus dont 1 911 675 personnes mises en cause et 430 298 personnes condamnées. Puisque le nombre de profils et traces s'accroît d'année en année et que la délinquance n'augmente pas dans les mêmes proportions, on peut, sans beaucoup de risque de se tromper, estimer que le fichier contiendra de plus en plus de profils de personnes non condamnées.

caractéristiques génétiques : la stratégie d'acceptation du FNAEG

Sémantiquement reliées - par une analogie à certains égards trompeuse - aux empreintes digitales, les empreintes génétiques ont été conçues comme se distinguant radicalement des caractéristiques génétiques, ce qui a permis aux pouvoirs publics, voici une vingtaine d'années, de déployer une stratégie sémantique gage d'une politique se voulant à la fois efficace et responsable de recours aux empreintes génétiques dans la lutte contre la criminalité par l'identification des auteurs d'infractions.

1.1. L'analogie trompeuse entre empreintes génétiques et empreintes digitales

D'un point de vue sémantique, lorsqu'Alec Jeffreys voulut désigner les empreintes génétiques qu'il découvrit en 1985, il se référa aux empreintes digitales (genetic fingerprinting : littéralement, « les empreintes digitales génétiques »). Cet emprunt masque pourtant mal les différences profondes entre les deux techniques. Certes, les analogies sont frappantes. On pense d'abord à l'impact des progrès de la technique sur la diffusion sociale des deux outils d'identification. Ainsi, c'est en se fondant sur les travaux de Herschel et Fauld relatifs à l'immutabilité et à l'individualité du dessin épidermique que Galton répertoria quatre types de dessins formés par les lignes présentes au bout des doigts. Ce faisant, il mit au point une technique moins coûteuse et plus fiable que l'anthropométrie de Bertillon. L'Argentin Juan Vucetich mit ensuite en pratique ces observations par l'élaboration d'une méthode d'enregistrement, de classement et de comparaison des empreintes. Cette technique s'étendit à tout le continent sud-américain mais pas à l'Europe. En effet, Edward Henry, inspecteur de police au Bengale, conçut un système de classement des empreintes qui fut utilisé en Inde, en Angleterre, au Pays de Galles et se substitua au bertillonnage français en 1901¹⁰. De la même manière, le progrès technique est au cœur de la diffusion massive des empreintes génétiques. Au début de leur développement furent utilisés des mini-satellites (séquences du génome répétées en tandem) nécessitant de plus grandes quantités d'ADN que les microsatellites auxquels on a recours depuis qu'on a découvert l'amplification de l'ADN en chaîne par polymérase (PCR en anglais). Et si les empreintes génétiques n'avaient pas été de moins en moins coût-

10. Ces données historiques sont empruntées à J.-R. Demarchi, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, 2012, p. 14, n° 18.

teuses, gageons qu'elles ne seraient pas devenues d'utilisation routinière comme c'est le cas aujourd'hui.

Ensuite, empreintes digitales et génétiques se rejoignent dans leur finalité identificatoire. Plus précisément, toutes deux servent à remonter indirectement à une personne en constatant la coïncidence de deux empreintes, celle d'une personne (ou d'une trace d'une personne) suspectée (*lato sensu*) et celle d'une personne (ou d'une trace) d'une personne fichée. Ainsi le développement du recours aux empreintes est-il indissociable, tant d'une finalité binaire (identifier en vue d'accabler ou d'innocenter) que de la constitution de fichiers, autrement dit d'une masse critique de profils. En effet, le fichier est la condition *sine qua non* de l'efficacité de la technique, même s'il est également la source de difficultés et d'interrogations sur les faux positifs, les faux négatifs, le passage d'une logique de preuve à une logique de fichage préventif, le fait que le fichier contienne des traces prélevées et analysées selon des techniques validées à des époques différentes, etc.

C'est pourquoi l'acceptation sociale des fichiers d'empreintes a souvent été facilitée par un contexte socio-juridico-politique précis : affaires depuis longtemps non élucidées¹¹, récidive mise sous les feux de la rampe, système pénal prévoyant des peines particulièrement lourdes, dont le châtement capital¹²...

Ces similitudes dans l'histoire des techniques et dans le contexte de diffusion, ainsi que la volonté d'asseoir l'acceptation sociale des empreintes génétiques en ramenant l'inconnu (l'empreinte génétique) au connu (le digital ou dactyloscopique) expliquent le recours à la même image volontairement rassurante.

Pourtant, les différences entre les deux modes identificatoires sont frappantes et la pertinence du recours à l'image de l'empreinte pour évoquer le profil génétique, douteuse. En effet, tout d'abord, les deux diffèrent par leur mode d'obtention. Réaliser une empreinte génétique suppose un prélèvement (ou le recueil d'une trace), autrement dit, dans le cas d'un prélèvement, une intrusion plus forte que pour les empreintes digitales pour lesquelles on reste à la surface des corps. Même si l'intrusion est minime puisqu'en général on prélève de façon indolore de la salive dans la paroi buccale, elle existe, d'où l'exigence légale du consentement, qui peut être écartée dans le domaine pénal à des conditions que le législateur a voulu strictes (voir article 706-56 CPP), même si le sujet prête à discussion¹³. Ensuite, autant l'empreinte digitale est, littéralement, une image d'une partie du corps (la marque du dessin

11. En France, c'est l'affaire Guy Georges qui a provoqué l'accélération de la mise en place du FNAEG, comme le montre bien le film de fiction SK 1 de F. Tellier (2013).

12. Aux Etats-Unis, le projet Innocence a largement contribué à montrer le rôle crucial de l'empreinte génétique dans le procès pénal, dans un pays où 31 Etats sur 50 pratiquent encore la peine de mort. Voir le site <http://www.innocenceproject.org>.

13. C'est le cas non seulement pour les empreintes génétiques mais également pour les autres prélèvements biologiques humains. Voir J.-R Demarchi, Les preuves scientifiques et le procès pénal, Paris, LGDJ, 2012, p. 176 et s., n° 342 et s.

formé par les lignes du bout des doigts et, métonymiquement, des sillons¹⁴), autant l’empreinte génétique est abstraite et le résultat d’une construction technique bien plus complexe que l’empreinte dactyloscopique, combinant la génétique, les statistiques et l’informatique. C’est pourquoi une empreinte génétique (série de lignes d’où s’élèvent des pics) ne peut en rien nous évoquer le corps de la personne qu’elle est supposée identifier, ni même l’élément du corps à partir duquel l’empreinte a été réalisée, à savoir l’ADN, lui-même analysé à partir d’une substance corporelle (prélevée sur la personne ou qui s’est détachée d’elle). C’est tout le paradoxe de l’empreinte génétique : abstraite et résultant d’une analyse complexe, elle n’a rien d’une empreinte, au sens de marque, et ce alors même que la molécule biologique analysée (l’ADN) est socialement et souvent fantasmatiquement vécue comme l’expression de la singularité concrète de chacun. L’on glisse alors très facilement de l’identité au sens d’identité numérique permettant l’identification (A est A et A n’est pas B) à l’identité qualitative au sens de la richesse et de l’unicité de la personnalité de chacun¹⁵. C’est bien pourquoi, du reste, les responsables du FNAEG, dans une volonté de démythification, voire de banalisation, prennent soin d’assurer que leur fichier rassemble des empreintes et non de l’ADN¹⁶. Reste que le vocable « empreinte » a une connotation d’unicité et d’immutabilité qui convient exactement à l’empreinte génétique et qui explique que l’expression se soit davantage diffusée que ses synonymes « génotype » ou « profil génétique »¹⁷. Ainsi, bien que la distance soit grande entre le caractère totalement désincarné d’une empreinte génétique et ce mode de signature que constitue le fait d’imprimer sa marque dans une cire ou d’apposer un doigt trempé dans l’encre sur une feuille de papier, l’expression « empreinte géné-

14. Dans le premier volume du nouveau petit Robert, édition entièrement revue et amplifiée du petit Robert de 1993, nous trouvons comme premier sens du mot « empreinte » : « Marque en creux ou en relief laissée par un corps qu’on presse sur une surface ». Puis « trace naturelle ». A ce sens premier est rattachée l’expression « Empreintes digitales » : « traces laissées par la pulpe des doigts, dont le dessin est dû aux crêtes papillaires et qui sont propres à chaque individu, permettant une identification précise ». « Empreinte génétique » est présenté comme un sens analogique. Le second sens du terme, figuré, est « marque profonde, durable ».

Notons que la dimension matérielle et concrète de l’empreinte digitale semble occultée aujourd’hui par un nouveau sens, en anglais, du mot « digital », venu de l’informatique, et qui signifie « numérique ». Mais au départ et en français, « digital » renvoie bien à la marque du doigt, et non à un double numérisé.

15. En témoigne, dans le vocabulaire médiatique, le recours à l’expression « l’ADN de ceci, c’est cela ».

Sur un autre plan, c’est la raison pour laquelle le législateur français n’a pas voulu permettre le recours aux empreintes génétiques post mortem, à moins - hypothèse rare - que la personne y ait consenti expressément de son vivant (art. 16-11 al. 2 in fine). En effet, dans le cas d’un prélèvement post mortem, il n’y a pas plus personne (donc plus une personne) pour consentir à l’analyse de l’ADN, fût-il non codant.

16. Entretien réalisé par l’équipe de FiTeGE à Ecully le 20 avril 2016, avec les responsables du fichier.

17. Toutefois, les jumeaux homozygotes ont les mêmes empreintes génétiques, alors que leurs empreintes digitales ne sont pas totalement semblables.

tique » marque une convergence entre l'usage commun, l'usage juridique et l'usage scientifique d'une notion.

1.2. Empreintes génétiques *versus* caractéristiques génétiques

Situées dans le sillage des empreintes digitales, les empreintes génétiques ont fait l'objet de l'attention toute particulière des pouvoirs publics qui en ont souligné l'intérêt tout en circonscrivant le champ, comme en témoigne l'ensemble des rapports et débats parlementaires ayant précédé et accompagné l'adoption de la loi du 17 juin 1998 à l'origine de la création du FNAEG. S'ils estiment nécessaire de ne pas priver la police et la justice d'un puissant outil d'identification, les parlementaires sont conscients des risques en jeu, du moins des inquiétudes que la mise en fichier des empreintes génétiques peut susciter, notamment en termes d'atteintes aux libertés individuelles. Car même s'il y a à cet égard une grande part de fantasmes, derrière toute utilisation de l'ADN se profile toujours le spectre d'un accès rendu possible, par des tiers plus ou moins bien intentionnés (par exemple des assureurs), à des données personnelles on ne peut plus intimes, comme celles qui concernent la santé. Dès lors, face à cette tension entre l'utilité et les dangers de l'identification par empreintes génétiques, le législateur s'est évertué à dresser des garde-fous, non seulement via un régime juridique clair mais aussi par la définition même de l'objet fiché. Plus précisément, il s'est agi, pour les pouvoirs publics, de mettre en exergue ce qu'est – et surtout ce que n'est pas – une empreinte génétique, puis de bien en circonscrire la finalité.

D'une part, l'empreinte génétique est établie à partir des seules séquences génétiques non codantes. L'ADN contient en effet une partie codante qui détermine les caractéristiques héréditaires (morphologiques, physiologiques ou pathologiques) de chacun d'entre nous : couleur de la peau, des cheveux, des yeux, taille, susceptibilité à une maladie, etc. Les segments non codants, quant à eux, ne délivrent aucune information sur les caractéristiques physiologiques ou morphologiques de la personne. Or dans le FNAEG, seuls ces segments non codants sont inclus, 21 précisément¹⁸ qui, hormis le marqueur du sexe, ne permettent de distinguer que la structure génétique unique d'un individu, de ne l'identifier qu'à travers une sorte de code-barre qui, en lui-même, constitue une abstraction sans indication physiologique, morphologique ou pathologique aucune¹⁹.

D'autre part, ce code-barre servira simplement à comparer les similitudes qui peuvent exister entre ce qui est d'ores et déjà fiché (profils d'individus, traces renvoyant à d'autres affaires) et l'ADN prélevé à l'occasion d'un nouveau crime ou délit.

18. Arrêté du 10 août 2015 précité.

19. Article 706-54 al. 5 du Code de procédure pénale.

Soit la comparaison est concluante (on parle alors d'un « match » ou d'un « hit ») et l'objectif sera atteint (identification d'une personne ou rapprochement avec une autre affaire). Soit elle ne « matche » pas et d'autres tentatives pourront être faites avec les fichiers étrangers²⁰. Mais en tout état de cause, c'est aux seules fins d'une identification, dans un cadre policier ou judiciaire, que l'ADN parle, ou non...

Ce double critère, matériel d'une part - on a affaire aux séquences non codantes de l'ADN -, téléologique et méthodologique d'autre part - on cherche à identifier une personne par comparaison entre de l'ADN prélevé et un profil ou une trace -, a directement contribué à justifier la politique de fichage des empreintes génétiques, comme l'illustrent les débats parlementaires relatifs à la première loi dite de bioéthique. Le rapporteur de la loi devant le Sénat, Guy Cabanel, mit une ardeur particulière à expliquer combien il est important de définir les empreintes génétiques par opposition avec un autre objet, les caractéristiques génétiques, et de leur réserver un article spécial dans le Code civil, en l'occurrence l'article 16-11²¹. L'étude génétique des caractéristiques d'une personne est une chose, visée par l'article 16-10 du Code civil. Elle renvoyait à l'époque et renvoie toujours aux tests génétiques qui, pour révéler une prédisposition ou une susceptibilité à une maladie, et donc à des fins médicales ou de recherche scientifique, peuvent être entrepris avec le consentement de la personne et ne peuvent être utilisés par n'importe qui²². Tout autre chose est l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, que l'article 16-11 du Code civil visait spécifiquement et qui peut être recherchée dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire (et plus rarement à des fins médicales ou de recherche scientifique).

De la même manière, dans ses travaux sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le monde judiciaire, l'Assemblée nationale fut attentive à ce que le FNAEG ne contienne aucune information de nature médicale²³. Et

20. Traité de Prüm, 27 mai 2005, intégré au droit de l'Union européenne par deux décisions de l'UE du 23 juin 2008. Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008, JOUE, n° L 210, 6 août ; et Décision 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008, JOUE, n° L 210, 6 août, relatives à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, et à sa mise en œuvre.

21. G. Cabanel, Rapport au nom de la Commission des lois sur le projet de loi relatif au corps humain, Sénat, n° 230 (1993-1994).

22. L'article L. 1141-1 du Code de la santé publique dispose : « Les entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci ».

23. Ch. Cabal, J.-Y. Le Deaut et H. Révol, Rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le monde judiciaire, Assemblée nationale, n°3121, Sénat n°364, Paris, 2001.

les parlementaires de marteler que contrairement à l'étude génétique des caractéristiques, l'empreinte génétique visait non pas à connaître la personne mais simplement à la reconnaître. A l'occasion de la révision de la loi de bioéthique, en 2004, le législateur prit cette fois soin de marquer la distinction au sein de l'intitulé du chapitre 3 du titre 1 du livre 1 du Code civil : « De l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques »²⁴. Cette opération de différenciation fut au fondement des décisions de conformité prises par le Conseil constitutionnel, d'abord à propos de l'usage des empreintes génétiques comme preuve de la filiation dans le cadre des demandes de regroupement familial²⁵, ensuite de la constitutionnalité du FNAEG lui-même²⁶. Le Conseil s'est à chaque fois attaché à vérifier qu'aucune caractéristique génétique n'était révélée au cours des opérations d'établissement ou de fichage des empreintes²⁷ ; dans la seconde décision, il insiste même sur le fait que les séquences analysées ne portent pas sur des segments codants de l'ADN²⁸.

Or cette stratégie de légitimation²⁹ des empreintes, par leur opposition aux caractéristiques potentiellement plus attentatoires aux libertés individuelles, est aujourd'hui remise en cause par un brouillage de la distinction entre les deux notions, lui-même lié à au caractère évolutif de la notion d'identification par les empreintes génétiques.

24. Où l'on remarque au passage que la notion d' « étude génétique des caractéristiques d'une personne » a été opportunément remplacée par celle d' « examen des caractéristiques génétiques d'une personne ».

25. Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 rendue à propos de la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. Voir <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2007/2007-557-dc/communiquede-presse.88046.html>.

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

27. Voir le considérant 18 de la décision du 15 novembre 2007 et le considérant 14 de la décision du 16 septembre 2010.

28. Voir la décision du 16 septembre 2010, considérant 14.

29. A l'inverse, quand il s'agit de délégitimer le recours aux empreintes, on glisse vite des « empreintes » aux « tests », mot qui désigne lui-même en raccourci l'examen des caractéristiques génétiques, par référence au cadre médical ou de recherche dans lequel on effectue cet examen. C'est ce qui s'est produit durant les très vifs débats ayant entouré l'adoption de la disposition relative au recours aux empreintes génétiques comme preuve de la filiation aux fins de regroupement familial. Tant dans le grand public que dans les cercles plus spécialisés, il fut systématiquement question de « tests » et le communiqué de presse du Conseil constitutionnel utilise, certes entre guillemets, cette expression ! C'est un comble, d'autant plus que le Conseil insiste sur la différence entre empreintes et caractéristiques et qu'il estime que la disposition litigieuse est conforme à la Constitution. Mais peut-être la confusion, sciemment ou non entretenue, était-elle le signe de l'échec programmé de cette disposition restée lettre morte faute de décret d'application.

2. Le caractère évolutif de la notion d'identification par les empreintes génétiques

L'opposition tranchée entre empreintes et caractéristiques génétiques est contestée sur deux fronts, l'un scientifique, l'autre juridique : la distinction scientifique entre ADN « codant » et ADN « non codant » serait en voie d'être dépassée ; les frontières entre les articles 16-10 et 16-11 du Code civil ne seraient pas bien marquées.

2.1. Codant / non codant : une opposition dépassée ?

A en croire certains scientifiques, à partir de l'ADN non codant, on pourrait en réalité remonter à des éléments codants et obtenir certaines informations intimes relatives à la personne, ce qui serait de nature à faire rejaillir le débat, que l'on croyait épuisé, sur les dérives possibles de l'utilisation des empreintes génétiques. Les généticiens Catherine Bourgain et Pierre Darlu estiment ainsi que « depuis plusieurs années, la vision binaire d'un ADN scindé en deux, avec les régions des gènes contenant l'information pour synthétiser les protéines (régions codantes) d'un côté et de l'autre les régions d'ADN dites « poubelles » (« junk DNA » ou régions non codantes) sans influences observables sur les individus, est unanimement remise en cause dans la communauté scientifique »³⁰. A l'appui de leur assertion, ils invoquent des travaux de plus en plus nombreux mettant en évidence des liens entre des segments localisés dans l'ADN non codant et des maladies ou des traits physiques, ainsi que le fait que l'argument du « verrou » des segments non codants ne conçoit les marqueurs qu'un à un, alors que leur analyse conjointe peut apporter des informations sur l'origine géographique des individus³¹.

Même si le caractère unanime de la remise en cause de la distinction entre segments codants et non codants est sujet à caution³², il faut bien constater que la rhétorique de légitimation des années 90 se fissure. Sans doute y a-t-il une naïveté épis-

30. C. Bourgain et P. Darlu, ADN superstar ou superflic ?, Seuil, Science ouverte, 2013, p. 42. Plus précisément, il faudrait savoir ce que l'on entend par « non codant ». Les empreintes génétiques correspondent à une zone de l'ADN non codant d'un point de vue biologique, c'est-à-dire du point de vue de la régulation des gènes, mais cela ne signifie pas que l'ADN non codant ne fournisse pas d'information sur un individu.

31. Sur le développement de cette assertion, voir C. Bourgain et P. Darlu, ADN superstar ou superflic ?, Id., p. 65 et s.

32. La CNCDH, saisie à propos de la question du portrait-robot génétique (voir II, point C) note ainsi prudemment : « Sans préjudice des débats scientifiques autour de la fonction de ces portions non codantes, celles-ci permettent de distinguer avec un degré de certitude très élevé un individu parmi d'autres » (souligné par nous).

témologique à croire qu'un outil aussi puissant et complexe que le FNAEG puisse être justifié par une hypothèse scientifique, par nature évolutive et susceptible de réfutation. Mieux vaut s'appuyer sur des raisons d'un autre ordre, par exemple liées à la finalité du FNAEG, qui doit rester affecté au seul traitement des affaires pénales. Ainsi, moyennant un contrôle renforcé des finalités, le risque serait moindre que les empreintes génétiques deviennent objet de convoitises pour des acteurs, publics ou privés, qui auraient de toute façon, s'ils le souhaitaient, des moyens plus simples d'accéder aux données personnelles, notamment médicales, des individus.

C'est justement la question des finalités qui est au cœur d'une remise en cause de l'économie du dispositif juridique imaginé en 1994.

2.2. La solidité de la frontière entre les articles 16-10 et 16-11 du Code civil mise à l'épreuve

Il convient d'abord d'évacuer un faux problème, l'identification opérée dans un cadre médical, avant de faire état d'une question plus coriace, celle du « portrait-robot génétique », selon l'expression vulgarisée.

En premier lieu, il y a plus d'une dizaine d'années, les articles 16-10 et 16-11 ont été critiqués pour leur absence de rigueur. Ainsi, en 2002, Dominique Thouvenin déplorait le fait que dans sa première version, issue de la loi 94-653 du 29 juillet 1994, l'article 16-11 du Code civil énonçait que « l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique »³³. Dominique Thouvenin observait qu'il s'agissait là d'un malheureux mélange des genres. Car ou bien l'on a affaire à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques et l'on est dans un cas de figure de recherche de preuves dans un cadre judiciaire, pénal ou civil ; ou bien l'on se situe dans le domaine médical ou de la recherche scientifique et il ne s'agit plus d'identifier la personne à des fins judiciaires mais d'estimer la probabilité de survenue de maladies ou d'en découvrir l'origine. Pourtant, cette formulation en apparence ambiguë fut maintenue en 2004 puis en 2011 à l'occasion des révisions de la loi de bioéthique³⁴, et pour de bonnes raisons. C'est que le texte n'entretient pas une

33. D. Thouvenin, « Génétique et protection de la personne : identifier les personnes, identifier les maladies », Actes du colloque franco-allemand sur la bioéthique, 8 mars 2002, www.dfh-ufa.org/franz.bioethik.org.

34. Voir l'art. 16-11 al. 1 du Code civil qui se lit aujourd'hui comme suit : « L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :

1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ;

2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ;

3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées ;

confusion des genres mais vise les cas où des médecins, en vue d'un conseil génétique ou dans le cadre d'une recherche scientifique sur telle ou telle pathologie, sont amenés à établir des empreintes génétiques pour identifier la réalité d'une parenté et calculer correctement la prédisposition d'un individu à une maladie héréditaire, donc à des fins d'identification mais bien dans un cadre médical ou scientifique³⁵.

En second lieu, c'est une évolution permise par la technique, cette fois, qui conduit à brouiller la frontière entre les régimes respectifs des caractéristiques génétiques et des empreintes génétiques, entre la perspective médicale ou scientifique qui sous-tend les premières, et les fins identificatoires visées par les secondes. Il s'agit du développement récent des tests génétiques de caractéristiques morphologiques, autrement appelés tests de phénotypage et désormais proposés par certains laboratoires publics ou privés à des fins d'aide à l'enquête pénale. A partir d'ADN généralement retrouvé sur une scène de crime mais pour lequel la consultation du FNAEG n'a rien donné, les spécialistes peuvent mettre en évidence certaines caractéristiques morphologiques de la personne recherchée (couleur des yeux, de la peau, des cheveux ; à terme, forme du visage, taille, etc.) et ainsi aiguiller l'enquête. Or ce à quoi on assiste à travers le développement de ce nouvel outil, c'est bien à la recherche de l'auteur d'une infraction par l'analyse des caractéristiques génétiques contenues dans l'ADN des traces biologiques qu'il a laissées sur la scène du crime.

Un arrêt retentissant rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 25 juin 2014 a jugé que dans une procédure pénale en cours, il était possible de procéder à une recherche des caractéristiques morphologiques de la personne, et ce alors même que les dispositions du Code civil comme du Code de procédure pénale ne permettent pas le recours à l'examen des caractéristiques génétiques dans ce cadre³⁶. En l'espèce, plusieurs femmes avaient été violées par un même individu

4° Dans les conditions prévues à l'article L. 2381-1 du code de la défense ».

35. Par ailleurs, dans de nombreuses occurrences, le législateur juxtapose empreintes et caractéristiques, ce qui ne signifie pas qu'il les confonde. Voir, par exemple, l'article 226-28-1 du Code pénal : « Le fait, pour une personne, de solliciter l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de celles d'un tiers ou l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques en dehors des conditions prévues par la loi est puni de la peine prévue à l'article 226-28-1 du code pénal ».

36. Cass. crim., 25 juin 2014, n° 13-87.493, note E. Vergès, « Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux », (2014) RDLF chron. n°25. Voir aussi E. Supiot, « Empreintes génétiques et droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », (2015) RSC 827 et s.; Commission consultative nationale des droits de l'homme, Avis relatif à l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents, adopté par l'assemblée plénière le 17 mars 2016, disponible sur <http://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-le-portrait-robot-genetique-0>

Après avoir rappelé que « la mise au jour de caractéristiques morphologiques à partir de traces d'ADN non-codant représente un bouleversement de l'économie de la loi bioéthique de 1994 » (§ 27), la CNCDH « invite le Gouvernement à encadrer strictement et par la loi le recours à l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents. Le texte législatif devrait limiter cette faculté au seul juge d'instruction, préciser le type de caractéristiques génétiques susceptibles d'être déterminées par ce moyen - en les limitant aux seuls traits objectifs,

et n'avaient pu fournir aux enquêteurs aucune information utile sur sa physionomie. Des traces d'ADN identiques avaient été prélevées sur les victimes, mais leur comparaison avec les empreintes du FNAEG n'avait rien donné. L'enquête étant alors bloquée, le juge d'instruction décida d'avoir recours à l'expertise d'un laboratoire spécialisé dans l'analyse génétique des traits morphologiques, pour « faire parler » l'ADN autrement, par l'établissement d'une sorte de « portrait-robot génétique », selon une image caricaturale mais parlante. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, l'expertise révéla que le suspect avait des yeux marron tendance foncée, que sa peau était plutôt mate, et que ses cheveux étaient châtain ou brun virant au foncé. Si ces éléments étaient évidemment essentiels pour l'enquête, leur licéité posait question puisque l'examen des caractéristiques génétiques doit se faire non pas dans le cadre d'une procédure judiciaire dans une pure logique de comparaison mais à des fins médicales ou de recherche scientifique et moyennant le consentement de la personne (articles 16-10 et 16-11 du Code civil).

Or la Cour de cassation considère qu'il ne s'agit pas en l'occurrence d'un examen des caractéristiques génétiques mais d'une simple mesure d'instruction que le juge d'instruction a la liberté d'ordonner en vertu de l'article 81 du Code de procédure pénale et qui consiste exclusivement à révéler les caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu d'un crime, à seule fin de faciliter son identification. La Cour de cassation se place ici dans une perspective pragmatique : les tests morphologiques ne relèvent pas d'un registre médical puisque ce sont seulement les caractéristiques morphologiques apparentes, c'est-à-dire l'aspect extérieur, visible, qui est en jeu ; ces tests sont par ailleurs peu intrusifs et ne portent pas atteinte à la vie privée ; ils sont faciles à mobiliser et utiles pour faire avancer des affaires judiciaires bloquées. On ne peut qu'en convenir, même si la question demeure de savoir si cette interprétation serait considérée comme satisfaisante par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment au regard du droit à la vie privée - encore qu'on puisse se demander si la vie privée comprend l'apparence³⁷.

Mais puisqu'il s'agit ici de s'interroger sur les concepts et les mots, on constatera que la Cour de cassation joue sur les mots ou plutôt se joue des mots, en écartant d'un revers de plume une distinction qui, il y a 20 ans encore, était présentée comme la clé de voûte d'une politique juridique responsable³⁸.

extérieurs et pertinents pour l'identification d'une personne - et définir les garanties effectives que ces procédures devraient respecter » (§36).

37. « Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux », (2014) RDLF chron. n°25.
38. Rappelons l'attendu principal de l'arrêt du 25 juin 2014 : « en cet état, et dès lors que l'expertise ordonnée par le magistrat instructeur sur le fondement de l'article 81 du code de procédure pénale consistait exclusivement à révéler les caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu d'un crime à partir de l'ADN que celui-ci avait laissé sur les lieux, à seule fin de faciliter son identification, l'arrêt n'encourt pas la censure ».

Décidément, s'ils veulent poursuivre dans la voie de l'amplification du recours à la preuve génétique, les pouvoirs publics devraient, non pas courir après les techniques et se fonder sur des postulats scientifiques par définition discutables ou sur une prétendue « neutralité » de l'information contenue dans une empreinte³⁹, mais bien plutôt réfléchir de façon générale à expliciter et rendre transparentes les garanties dont ils entendent entourer l'utilisation des empreintes génétiques. Et il est d'autant plus urgent de le faire que celles-ci semblent devenir un foyer de la contestation de la mise en fiche de nos données personnelles.

3. Les empreintes génétiques, foyer de la contestation de la mise en fiche des données personnelles ?

Alors que l'on identifie, à des fins pénales, depuis des décennies, les individus grâce à leurs empreintes digitales sans que cela n'ait causé de controverse particulièrement virulente, le début du XXI^{ème} siècle a été marqué par une double évolution parallèle qui converge vers une contestation remarquable, sinon massive, de la mise en fichiers des données personnelles : d'une part, l'explosion des usages judiciaires (et pas seulement en matière pénale) de la molécule d'ADN, laquelle fascine autant qu'elle suscite la circonspection⁴⁰ ; d'autre part, la multiplication et la banalisa-

39. C'est le mot employé par le gouvernement anglais dans l'affaire jugée par la CEDH en grande Chambre, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, requêtes n° 30562/04 et 30566/04.

Pour une réfutation de cette neutralité, voir les paragraphes 70 à 77 de la décision, notamment le §71 (« Compte tenu du rythme élevé auquel se succèdent les innovations dans le domaine de la génétique et des technologies de l'information, la Cour ne peut écarter la possibilité que les aspects de la vie privée se rattachant aux informations génétiques fassent à l'avenir l'objet d'atteintes par des voies nouvelles, que l'on ne peut prévoir aujourd'hui avec précision »).

40. Dans une analyse d'ensemble de l'identification par empreintes génétiques, il faudrait mentionner, non seulement le recours à l'expertise génétique en matière de filiation, « de droit sauf motif légitime de ne pas y procéder » depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 2000 (n° 98-12806) et consacrée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 au titre de la liberté de la preuve dans les actions relatives à la filiation (art. 310-3 al. 2), mais encore les tentatives de plaideurs, pour le moment rejetées par la Cour de cassation, de recourir à l'expertise génétique pour combler une lacune probatoire (voir civ. 1^{ère}, 27 janvier 2016, n° 14-25559, à propos de la preuve de l'identité ; civ. 1^{ère}, 23 septembre 2015, n° 14-14539, à propos de la nationalité).

Il faut également souligner que la loi favorise l'identification indirecte par l'analyse des empreintes des apparentés. Voir l'article 16-11 al. 1 3^o et al. 4 du Code civil pour la recherche de l'identité de personnes décédées ; voir l'article 706-56-1-1 du Code de procédure pénale, issu de l'article 80 de la 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 (JO 4 juin). Ce nouvel article permet la comparaison des résultats des analyses génétiques d'une trace biologique issue d'une personne inconnue recueillie sur une scène d'infraction dans le cadre d'une procédure pénale, d'une part, avec les profils génétiques des personnes suspectes ou déclarées coupables enregistrés au FNAEG, d'autre part, dans le but de permettre l'identification d'un ascendant ou

tion d'innombrables données personnelles, qui identifient elles aussi directement ou indirectement la personne, et qui circulent, sont mises en fichiers et suscitent des convoitises de toutes sortes (commerciales, scientifiques, médicales, policières, etc.). Toutes ces données (une empreinte génétique, une empreinte digitale, un numéro INSEE, un nom, un dossier médical, etc.) partagent la caractéristique d'être liées à la personne-source (qu'elle soit envisagée dans son corps ou ses manifestations de la vie civile ou sociale) et de pouvoir circuler, être mises en fichiers et d'acquérir ainsi une valeur au sens large. Dès lors, *mutatis mutandis*, elles posent toutes la question du principe et de l'étendue de la maîtrise de l'individu sur ces données dont il est à la source mais qui risquent en permanence de lui échapper. Sans préjudice de l'analyse, à travers les catégories classiques du droit de propriété, des droits de la personnalité, du droit d'auteur, du droit des bases de données, du droit qu'a chacun des protagonistes de la production et de l'exploitation des données personnelles sur ces dernières, l'on assiste à une volonté croissante des individus de bénéficier de prérogatives leur permettant à tout le moins de contrôler certains des usages qui en sont faits. Il est évidemment faux d'un point de vue historique de présenter la contestation du FNAEG comme un modèle de la revendication de droits individuels pour contrebalancer les usages massifs de données personnelles. En effet, la protection française des données nominatives, conférant justement de telles prérogatives aux individus, ainsi qu'un cadre légal reposant sur une autorité administrative indépendante, la CNIL, remonte à 1978, donc avant la découverte des empreintes génétiques⁴¹. En outre, la finalité régaliennne du FNAEG (prévenir la commission d'infractions et la récidive, aider à l'identification d'auteurs d'infractions) lui confère une spécificité qui rejaillit sur les revendications que les individus peuvent formuler afin de contrôler les usages qui sont faits de la puissance identificatoire de l'outil. Il n'en reste pas moins que la façon dont les fichiers d'empreintes génétiques sont contestés et contrôlés s'est diffusée au-delà de la seule question des empreintes génétiques.

C'est l'arrêt *Marper c/ Royaume-Uni*, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 4 décembre 2008, qui a été l'étincelle de ce mouvement de contestation de la mise en fichiers d'éléments fortement liés à la personne corporelle, à savoir les empreintes digitales et génétiques⁴². Saisie par deux requérants dont les empreintes avaient été conservées en fichier, alors même que l'un avait été acquitté et que la

descendant de l'individu étant à l'origine de la trace biologique issue d'une personne inconnue. C'est ce que l'on appelle les recherches en parentalité dans le FNAEG. L'article est issu d'un amendement gouvernemental présenté lors de la première lecture de la loi au Sénat, le 21 mars 2016. Voir pour une explication claire de l'intérêt d'une telle recherche de la parentalité : <http://www.police-scientifique.com/articles-recents/voleur-de-l-essonne-parentalite/>

41. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JO 7 janvier.

42. CEDH Grande Chambre, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, Requête n° 30562/04 et 30566/04, RFDA 2009, p.741, obs. S. Peyrou-Pistouley ; RSC 2009, p.182, obs. J.-P. Marguénaud.

plainte formée contre l'autre avait été abandonnée, la Cour, sans critiquer le principe même des fichiers d'empreintes qu'elle estime justifié par leur finalité, condamne à l'unanimité le Royaume-Uni pour non-conformité de sa législation avec l'article 8 de la Convention. Elle estime que « le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu, et que l'Etat défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Dès lors, la conservation en cause s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique »⁴³.

Or si la loi française relative au FNAEG n'a pas été critiquée devant la Cour européenne de Strasbourg, d'autres lois créant d'autres fichiers n'ont pas échappé au regard critique des juges strasbourgeois.

Dans un arrêt de 2013 relatif au FAED (fichier des empreintes digitales), la Cour a énoncé un droit à l'effacement des données des personnes ayant bénéficié d'un acquittement, d'une relaxe, d'un classement sans suite ou d'un non-lieu⁴⁴. Un an plus tard, les juges strasbourgeois condamnent la France pour violation du droit à la vie privée à propos de la durée de conservation des données incluses dans feu le STIC (système de traitement des infractions constatées, remplacé par le traitement des antécédents judiciaires)⁴⁵.

A l'évidence, ce droit à l'effacement rappelle le droit au dé-référencement reconnu en matière de données personnelles, dans l'arrêt Google Spain rendu par la CJUE⁴⁶

43. On notera que le fondement de la vie privée, même envisagée très largement comme il l'est par la Cour de Strasbourg, n'est pas absolument évident. L'identité génétique relève-t-elle de la vie privée ? La notion de « donnée personnelle », qui appelle un régime propre, est sans doute plus pertinente. Voir Francisco Ramírez Peinado, « Les fichiers d'empreintes génétiques : les systèmes français et espagnol à l'égard de la Convention européenne des Droits de l'Homme », (2014) 6 La Revue des droits de l'homme [En ligne], mis en ligne le 02 décembre 2014, URL : <http://revdh.revues.org/965>

44. CEDH, 18 avr. 2013, M.K. c. France, Req. n°19522/09. Les pouvoirs publics ont entendu la critique : voir le décret n° 2015-1580 du 2 décembre 2015 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur, JO 4 décembre.

45. CEDH, 18 septembre 2014, Brunet c. France, Req. n° 21010/10. Voir Nicolas Hervieu, « Le fichage policier sous les fourches caudines européennes », (2014) La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 19 septembre 2014, URL : <http://revdh.revues.org/879>

46. CJUE, Grande Chambre, 13 mai 2014, Google Spain SL et Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos et Mario Costeja González, aff. C-131/12.

puis dans le règlement général sur la protection des données⁴⁷. Ainsi peut-on observer un mouvement qui englobe les empreintes génétiques, les empreintes digitales, les informations contenues dans d'autres fichiers de police et les données personnelles non policières. Il s'agit de prendre ou reprendre prise sur la donnée produite à partir de l'individu-source : contrôler les motifs et la durée de la conservation⁴⁸, invoquer un « droit à l'oubli », etc. ... Le régime de la donnée personnelle vient ainsi recouvrir la nature propre de l'empreinte digitale ou de l'empreinte génétique.

Alors même que le législateur avait voulu ancrer l'acceptation sociale des empreintes génétiques mises en fichier en insistant sur la singularité de ce mode de preuve et de l'information qu'il fournit, voici que cette stratégie révèle ses limites : en amont, du point de vue de la source de cette information, l'ADN dont on tire les empreintes pourrait n'être pas si radicalement différent de celui qui fournit des caractéristiques génétiques ; en aval, la mise en fichiers de ces données et de tant d'autres, pourrait dessiner un régime commun de la donnée personnelle⁴⁹, qui se caractériserait notamment par des prérogatives conférées aux individus-source leur permettant de contrôler l'usage desdites données, qu'elles soient corporelles ou non et utilisées à des fins de reconnaissance ou de connaissance, individuelle ou collective, judiciaire ou médicale, pénale ou civile, par l'Etat ou des entreprises. Le régime viendrait ici estomper en partie la spécificité de l'objet. Peut-être au fond que si l'attention est désormais concentrée sur un régime protecteur des droits fondamentaux, c'est parce que, précisément, les empreintes génétiques ont été acceptées par le corps social et qu'à cet égard le législateur a atteint son but. Et c'est au fond logique

47. Voir l'article 17 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE 4 mai 2016.

48. Sur ce point, voir l'annulation par la CJUE de la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications : CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd & Michael Seitlinger e.a* (affaires jointes C-293/12 & C-594/12).

Sans doute faudra-t-il que les pouvoirs publics français réfléchissent aux durées de conservation des empreintes génétiques prévues à l'article R 53-14 du CPP et qui paraissent arbitraires et disproportionnées.... Dans sa décision du 16 septembre 2010, le Conseil constitutionnel avait émis une réserve sur ce point mais il n'a pas été entendu. Voir Conseil constitutionnel, décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, considérant 18.

49. Le régime commun ne pourrait pas l'être entièrement car il faut compter avec une spécificité irréductible de la matière pénale. Voir à cet égard la directive européenne (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil, relative à la protection des personnes 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 (05418/1/2016 – C8-0139/2016 – 2012/0010(COD)), JOUE 4 mai 2016.

car de l'ADN à l'empreinte, la distance est grande. C'est ce basculement de l'ADN vers la donnée personnelle qui revivifie la critique, toujours indispensable, à l'égard de ses usages sociaux.