

« Les principes de respect et de protection du corps humain font-ils obstacle à ce qu'un juge d'instruction puisse prescrire l'analyse de l'ADN laissé sur les lieux d'un crime, afin de révéler les caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu des faits et de faciliter ainsi son identification ? »

Par Stéphanie KURC (ministère public)

On disposait pourtant d'un portrait précis.

L'une des victimes avait désigné son agresseur comme étant de type maghrébin.

Les enquêteurs avaient relevé une trace sur l'une des scènes de crime et en avaient déduit que l'auteur avait le doigt de pied égyptien.

Il y avait indiscutablement quelque chose d'oriental chez le tueur de « l'est parisien ».

Mais, lorsqu'un peintre célèbre – le 36 quai des Orfèvres – se donne la peine de le dessiner, il ne reste qu'une ressource au modèle : ressembler à son portrait.

Les investigations furent donc orientées dans ce sens.

Le portrait fut diffusé.

La police fut inondée d'appels.

Le tueur, lui, effrayé par le bruit médiatique, se montra plus prudent.

L'enquête piétina.

Cette résurgence judiciaire de l'orientalisme fit, hélas, plusieurs victimes.

**Madame le Président, Mesdames, Messieurs les secrétaires,
Mesdames, Messieurs,**

L'affaire Guy Georges est symptomatique des forces et des faiblesses des portraits esquissés par l'autorité judiciaire.

Celle-ci croit faire d'un individu un portrait-robot, alors qu'elle peut n'en livrer bien souvent qu'une caricature qui risque d'égarer les enquêteurs.

Oscar Wilde l'avait pourtant si bien dit : *« Tout portrait qu'on peint avec âme est un portrait non du modèle, mais de l'artiste ».*

Le portrait robot, comme tout portrait, se situe au confluent d'un rêve et d'une réalité.

Le rêve ? Investir dans un instrument d'enquête puissant qui permet de confondre l'individu.

La réalité ? Surinvestir dans un instrument qui ne saurait atteindre la perfection et qui présente le risque de confondre, entre eux, les individus.

A ce dilemme traditionnel s'en ajoute un autre.

Car le portrait robot dont il est aujourd'hui question est un portrait robot génétique.

Il est obtenu à partir de l'analyse de segments d'ADN.

Les faits vous ont été rappelés.

La question soulevée est la suivante : *Les principes de respect et de protection du corps humain font-ils obstacle à ce qu'un juge d'instruction puisse prescrire l'analyse de l'ADN laissé sur les lieux d'un crime, afin de révéler les caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu des faits et de faciliter ainsi son identification ?*

Conscient des risques induits notamment par la découverte de l'ADN, le législateur a, en 1994, inséré un article 16-1 au code civil, qui proclame que « *[c]hacun a droit au respect de son corps* ».

Il a également institué un double régime des analyses ADN, selon que l'expertise opère sur des segments codants ou non codants de l'ADN, selon qu'il s'agit de reconnaître et d'identifier une personne ou, à l'inverse, de connaître une personne et de procéder à l'examen de ses caractéristiques génétiques.

La loi semble claire.

Mais est-il possible d'identifier une personne à partir d'une trace ADN en se livrant à l'examen de ses caractéristiques génétiques ?

Le juge de cassation doit ici, comme le juge d'instruction, se faire limier, et déterminer, dans l'obscurité de la loi, la légalité des moyens au regard de leurs finalités.

Car, à vrai dire, la trace ADN qui fait l'objet de l'expertise litigieuse s'est, objectivement, détachée du corps humain.

Et, parce que le matériel s'est détaché du corps, l'expertise pourrait elle-même se trouver détachée des contraintes législatives.

Pourtant, s'il peut effectivement constater que la trace s'est détachée du corps, le juge doit malgré tout manifester son degré d'attachement à la loi.

Le détachement du corps, d'abord ;

L'attachement à la loi, ensuite.

I. Le détachement du corps

Parum pro nihilo reputatur : ce qui est insignifiant est considéré comme rien.

C'est par cette formule que le doyen Carbonnier avait mis en lumière une tendance forte du droit contemporain.

Droit « *conquérant* », écrivait-il, qui « *commence par réifier, traiter en choses, des parcelles du corps apparemment insignifiantes, telles que les ongles et les cheveux (...)* ».

Finalement, le corps tout entier semble y passer, et le droit paraît intellectuellement faire l'économie de la personne.

Or, le suspect n'est plus aujourd'hui sujet à des investigations.

Il en devient désormais, par les traces qu'il laisse, littéralement l'objet.

Peut-on ainsi faire l'économie de la personne au regard de l'économie de la mesure ?

L'économie de la personne, d'une part ;

L'économie de la mesure, d'autre part.

A/ L'économie de la personne

La loi bioéthique du 29 juillet 1994 avait proclamé la primauté de la personne et l'avait amalgamée au respect du corps.

Parce qu'il est la personne elle-même, le corps échappe ainsi au monde des objets, au droit des choses.

Il a un caractère sacré et se trouve défendu contre les atteintes des tiers, les atteintes de l'individu lui-même.

Mais la protection instituée par le code civil trouve-t-elle à s'appliquer à une trace ADN retrouvée sur une scène de crime ?

1. L'on pourrait, de prime abord, considérer que le matériel biologique est détaché du corps humain.

S'étant naturellement détaché du corps, les articles 16-10 et 16-11, qui semblent avoir pour seul fondement le respect et la protection du corps humain, n'auraient, tout simplement, pas vocation à s'appliquer.

Emancipé du corps, le matériel biologique le serait tout autant des dispositions du code civil.

La théorie de l'acte détachable, bien connue du droit administratif, recevrait ainsi une application analogique, au travers du matériel biologique détachable du corps humain.

Selon pareille analyse, les traces ADN seraient considérées comme des *res nullius*, soustraites à l'application des articles 16-10 et 16-11 du code civil.

2. Mais, à la réflexion, une telle analyse ne tient pas.

D'abord, parce que, si le matériel biologique – le cheveu ou l'ongle – retrouvé sur la scène d'un crime s'est, certes, détaché du corps humain, il n'en demeure pas moins un produit de celui-ci.

Ensuite, parce qu'il mérite tout de même une protection en ce qu'il émane d'une personne.

D'une part, *a coherentia*.

Les articles 16-10 et 16-11 ne figurent pas au chapitre II du livre 1^{er} du titre 1^{er} du code civil, intitulé « *Du respect du corps humain* », mais dans un chapitre distinct.

La *ratio* des dispositions protège davantage la personne que son corps.

Le matériel biologique détaché, s'il ne participe plus du corps humain, participe donc toutefois de la protection de la personne.

D'autre part, *ubi lex non distinguit*.

L'on ne saurait distinguer, contre la loi, selon les conditions dans lesquelles la trace biologique a été recueillie.

Il importe peu que celle-ci soit découverte sur la scène d'un crime ou à partir de prélèvements réalisés sur la personne soupçonnée.

Les dispositions du code civil doivent recevoir application dès lors que cette trace est celle d'une « *personne* », sauf à vider les dispositions législatives de leur substance.

Dans ces conditions, il ne semble, selon nous, faire aucun doute que les articles 16-10 et 16-11 du code civil sont applicables.

En revanche, bien plus délicate est la question de savoir si ces dispositions rendent ou non possible l'expertise litigieuse.

Le critère de la protection légale ne réside pas dans la source du matériel biologique analysé.

Il réside dans la nature et dans la finalité de l'expertise effectuée.

En d'autres termes, dans l'économie de la mesure.

B/ L'économie de la mesure

La qualification de l'objet de la mesure d'expertise est déterminante.

Selon que vous considérez qu'elle a eu pour objet un « *examen des caractéristiques génétiques d'une personne* » au sens de l'article 16-10, ou « *l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques* » au sens de l'article 16-11, sa légalité en matière pénale pourra ou non être admise.

Mais où se situe le critère de qualification entre ces deux types d'opérations ?

1. Soit vous estimez que le critère de qualification réside en la finalité de l'expertise.

L'expertise, qui n'a pour but que de déterminer l'apparence physique du suspect à la manière d'un portrait-robot, tend, de façon immédiate, à l'identification d'une personne.

Le but poursuivi par le juge d'instruction en ordonnant l'expertise litigieuse était bien, ici, d'identifier l'auteur des agressions sexuelles.

Ainsi, l'examen des caractéristiques génétiques entrerait dans les prévisions de l'article 16-11, et serait donc autorisé en matière pénale, chaque fois qu'il contribuerait à la recherche de l'identité d'une personne.

2. Soit vous retenez que le critère de qualification réside dans le moyen employé pour parvenir à ce but, et donc dans l'objet même de l'expertise ordonnée.

L'expertise n'a pas pour objet de procéder à l'identification d'une personne au sens de l'article 16-11.

Elle tend à faire examiner les caractéristiques génétiques d'une personne inconnue, soupçonnée d'être l'auteur d'une infraction, afin

de révéler ses caractères morphologiques apparents, en d'autres termes afin de déterminer à quel type physique elle appartient.

Selon cette analyse, l'expertise litigieuse serait régie par les seules dispositions de l'article 16-10 et serait donc exclue en matière pénale.

Autrement dit, pour autoriser la mesure litigieuse, vous devriez valider le moyen qui semble prohibé par l'article 16-10 – l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne – au regard de la finalité qui, elle, est autorisée par l'article 16-11 – l'identification de la personne.

Plus précisément, vous devriez consacrer l'identification de la personne, non par ses empreintes, mais par ses caractéristiques génétiques.

La question de savoir si une telle consécration est possible dépend de la conception de la légalité que vous déciderez d'adopter.

En d'autres termes, de votre degré d'attachement à la loi.

II. L'attachement à la loi

Le principe de légalité, aussi rayonnant soit-il en matière pénale, souffre toujours d'ambiguïtés.

C'est à tort que l'on énonce généralement le principe de la légalité sous la forme de « *légalité des incriminations et des peines* ».

En réalité, c'est de « *légalité de la répression* » qu'il convient de parler, car la répression met en péril la liberté individuelle dès le premier moment où elle s'exerce.

Aussi, ne faut-il pas douter de ce que le principe de légalité s'applique à la procédure pénale.

C'est même en ce domaine qu'il a été observé le plus tôt.

Il n'est pas besoin d'énumérer les grandes ordonnances criminelles prises sous l'Ancien Régime.

Pourtant, comme l'avait relevé Eisenmann, il est possible d'adopter plusieurs conceptions de la légalité.

D'un côté, une vision minimaliste.

L'on considèrera, au minimum, que jamais un organe judiciaire ne doit, par ses actes, aller contre les normes législatives.

L'organe se trouve ainsi dans un rapport de compatibilité à la loi.

D'un autre côté, une vision plus stricte.

L'on considèrera qu'un organe judiciaire n'a pas d'autres pouvoirs que ceux qui lui sont limitativement attribués par les normes législatives.

L'organe se trouve ainsi dans un rapport de conformité à la loi.

Quelle conception de la légalité convient-il d'adopter ?

Le portrait-robot génétique doit-il être consacré parce qu'il est compatible à la loi ou doit-il être rejeté parce qu'il est non conforme à celle-ci ?

Un portrait compatible à la loi, d'une part ;

Un portrait non conforme à la loi, d'autre part.

A/ Un portrait compatible à la loi

L'article 81 du code de procédure pénale permet au juge d'instruction d'accomplir « *tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* ».

La loi, elle-même, semble donc régler, dans un sens extensif, la question des pouvoirs d'information du juge d'instruction.

Le juge d'instruction peut ainsi exercer toutes prérogatives qui ne s'avèrent pas incompatibles avec une autre règle de droit, pourvu qu'elles soient utiles à la manifestation de la vérité.

Cette approche est renforcée par la lecture de l'article 427 du code de procédure pénale, qui pose le principe de la liberté de la preuve en matière pénale.

En d'autres termes, le rapport des prérogatives du juge d'instruction avec la loi serait un rapport de compatibilité.

C'est, d'ailleurs, ce rapport de compatibilité à la loi qui vous avait permis, au-delà de l'instruction préparatoire, de consacrer des initiatives procédurales qui demeuraient, par définition, ignorées du législateur.

Vous avez ainsi, sous l'empire du code d'instruction criminelle, admis la légalité de l'enquête officieuse.

Vous avez, également, sous l'empire de l'actuel code de procédure pénale, reconnu aux officiers de police judiciaire la possibilité de se livrer, en enquête préliminaire, à des reconstitutions.

Toutes ces mesures n'étaient pas prévues par la loi, mais elles s'avèraient compatibles à celle-ci.

Dans cette perspective, la mesure visant à dresser un portrait robot génétique ne serait pas illégale, mais « *extralégale* », pour reprendre

l'expression utilisée naguère par Garraud à propos de l'enquête officieuse, et serait donc admise.

Toutefois, peut-on se contenter, s'agissant de données aussi sensibles que les informations génétiques d'une personne, d'un simple rapport de compatibilité à la loi ?

Un véritable rapport de conformité à la loi ne devrait-il pas s'imposer ?

B/ Un portrait non conforme à la loi

Une lecture plus rigoureuse de l'article 81 du code de procédure pénale permet de constater que, si le juge d'instruction procède à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité, il doit cependant le faire, je cite, « *conformément à la loi* ».

Aussi, convient-il de ne pas procéder par ellipse.

La loi, elle-même, règle finalement, dans un sens restrictif, la question des pouvoirs d'information du juge d'instruction, et postule un véritable rapport de conformité à la loi des mesures ordonnées.

Or, les articles 16-10 et 16-11 du code civil posent en creux un principe général d'interdiction et déterminent de manière exhaustive les possibilités d'exploitation de l'ADN.

Manifestement, l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, sans avoir recueilli son consentement, à des fins autres que médicales et de recherche scientifique, n'est pas conforme à ces dispositions.

L'importance accordée par le législateur à cette conformité est telle qu'il réprime, par l'article 226-25 du code pénal, le fait de procéder à un tel examen, par une peine d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

En 2007, le Conseil Constitutionnel l'a lui-même rappelé : seule l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, non l'examen de ses caractéristiques génétiques, est autorisée à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique.

Et il n'appartient pas au juge de se substituer au législateur.

L'affaire Guy Georges nous a démontré qu'il ne fallait pas nous laisser abuser par un portrait.

Que loin d'être une boussole, utile à l'investigation, il pouvait être la source de tous ses égarements.

Pourquoi, dès lors, redessiner la loi, si ce n'est pour autoriser le juge à griffonner une mauvaise esquisse ?

Vous donnerez corps à la protection de la personne.

Vous casserez.
