

Le FNAEG au Conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale

Jean Danet, Maître de conférences à l'Université de Nantes

**

La décision n° 2010-25-QPC du 16 septembre 2010 sur le fichier d'empreintes génétiques (FNAEG) conforte pour l'essentiel un dispositif dont l'importance pratique n'échappe ni aux avocats ni aux magistrats.

Elle a écarté l'essentiel des griefs formulés par le requérant, fondés sur la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire, les principes de sauvegarde de la dignité humaine et d'inviolabilité du corps humain, le respect de la vie privée, la présomption d'innocence résultant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDH), le principe de nécessité des peines posé à l'article 8 de la même Déclaration. Le Conseil (1) rappelle que les caractéristiques génétiques des personnes ne sont pas en cause et que seule l'identification peut être recherchée. Le recours au FNAEG ne concerne que des infractions où l'empreinte peut servir à la manifestation de la vérité. L'ensemble des garanties prévues au code de procédure pénale (fichier sous le contrôle d'un magistrat, procédure d'effacement, contrôle de la CNIL, droit d'accès des intéressés...) suffit à protéger les textes visés des critiques qui leur étaient adressées.

Le Conseil formule cependant deux réserves (2) qui retiennent l'attention.

Le prélèvement d'empreintes aux fins de rapprochement avec les données du fichier (c. pr. pén., art. 706-54 al. 3) ne peut concerner que les personnes soupçonnées d'avoir commis les crimes et délits énumérés à l'article 706-55 du même code. C'est sous cette réserve que l'article 706-54 est jugé conforme à l'article 9 de la DDH.

La cohérence entre cette réserve et le reste de la décision peut ne pas convaincre.

La même proscription de « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire » conduit le Conseil à juger que la durée de la conservation des empreintes au fichier, fixée par décret, doit être proportionnée à la nature ou à la gravité des infractions concernées, tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs. Le communiqué du Conseil ajoute que le juge du décret pourrait sanctionner des durées excessives. En réalité, le gouvernement s'apprête à tirer les conséquences de cette réserve.

Il est un dernier point sur lequel la décision du Conseil laisse au lecteur un sentiment d'inachevé. Il concerne la compatibilité de l'article 706-56 avec le principe *ne bis in idem*.

La question posée était la suivante : « Les dispositions de l'article 29 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sont-elles contraires au principe *non bis in idem* et à l'article 8 de la DDH en ce qu'elles permettent le prélèvement génétique d'une personne simplement soupçonnée de faits autorisant ledit prélèvement, puis, en cas de refus, la mise en oeuvre de poursuites pénales, puis, une fois la personne condamnée pour les faits autorisant la prise d'empreintes génétiques et pour refus de se soumettre au prélèvement, la possibilité d'un nouveau prélèvement génétique, dont le refus pourra à nouveau être pénalement poursuivi, et sanctionné de manière aggravée par le jeu de la récidive, alors que ce refus est opposé à l'occasion des mêmes faits pénaux autorisant ledit prélèvement ? »

La réponse du Conseil tient en cette affirmation : « la réitération du refus à des périodes et en des circonstances différentes peut donner lieu à des poursuites et des condamnations distinctes sans méconnaître le principe *non bis in idem* ».

Sur la réserve relative aux infractions permettant le prélèvement d'empreintes aux fins de rapprochement

La réserve limite le champ d'application de l'article 706-54, alinéa 3. Ce texte permet de faire procéder à un rapprochement de l'empreinte de « toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier ». Le Conseil juge que « l'expression "crime ou délit" ici employée par le législateur doit être interprétée comme renvoyant aux infractions énumérées par l'article 706-55 » et c'est l'article 9 de la DDH qui guide son interprétation. La prise en compte de l'intention du législateur par le juge judiciaire eût conduit à la solution inverse. L'histoire de ce texte ne laisse aucun doute sur ce point. La QPC révèle ici tout son intérêt.

Il faut en effet rappeler que jusqu'à la loi du 15 novembre 2001, l'objet du FNAEG se limitait à faciliter l'identification et la recherche des auteurs d'infractions sexuelles. Et le texte de l'article 706-54 ne permettait que le rapprochement entre les empreintes de personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions visées à l'article 706-47, c'est-à-dire les infractions sexuelles, avec celles contenues au fichier et relatives aux mêmes infractions. Si la loi du 15 novembre 2001 a étendu le champ du FNAEG, l'article 706-54 est demeuré dans la même logique. Comparer les empreintes génétiques de ceux qui sont soupçonnés d'avoir commis des infractions entraînant l'inscription au fichier. L'objectif était limpide : parce que la personne soupçonnée pouvait bien avoir commis d'autres infractions de même nature, le rapprochement pouvait permettre d'élucider des affaires anciennes. L'idée que l'infraction dont la personne était soupçonnée pouvait être une réitération commandait le raisonnement.

Le début de la discussion de la loi du 18 mars 2003 ne rompt pas totalement avec cette logique. Certes, l'article 15 du projet de loi étendait encore le champ du FNAEG (3), il introduisait la conservation au fichier des empreintes des personnes soupçonnées (et non plus seulement des condamnés) d'avoir commis ces infractions mais, s'agissant du rapprochement, le projet demeurait dans la même logique que précédemment : « Les officiers de police judiciaire peuvent également, soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte d'une des personnes mentionnées à l'alinéa précédent avec les données incluses au fichier, sans que cette empreinte y soit toutefois conservée ». Or les « personnes mentionnées à l'alinéa précédent » étaient celles à l'encontre desquelles « il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 ». Le rapporteur du texte au Sénat (4) proposa un amendement destiné à s'échapper de cette logique. Il fallait pouvoir comparer, rapprocher du fichier n'importe quelle empreinte de toute personne soupçonnée de n'importe quel crime ou délit. La fascination de l'outil avait opéré sur le législateur. S'il fut beaucoup discuté pour savoir quel serait le critère du soupçon (« indices faisant présumer » ou « raisons plausibles de soupçonner » (5) »), la nécessité d'ouvrir le « rapprochement à tout crime ou délit » ne fut pas mise en cause. Le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale se félicita même de cette « avancée déterminante » (6). Si l'opposition à l'Assemblée nationale comme au Sénat ne vota pas la modification du texte, ses amendements et ses critiques ne portèrent pas sur cette « avancée ».

Le Conseil constitutionnel met donc, par cette réserve, un coup d'arrêt au dispositif de rapprochement de l'article 706-54. Il oppose la norme constitutionnelle à la fascination pour la recherche technologique et généralisée de preuves. La mesure de la rigueur nécessaire s'oppose à ce qu'une personne soupçonnée de n'importe quel crime ou délit puisse l'être, *via* le « rapprochement », de tous les crimes et délits dont le fichier conserve une trace, une empreinte.

Mais sa volonté d'encadrer le FNAEG s'arrête là. Quelques lignes plus bas, le Conseil juge que « la liste prévue par l'article 706-55 est en adéquation avec l'objectif poursuivi par le législateur et que cet article ne soumet pas les intéressés à une rigueur qui ne serait pas nécessaire ». Sa motivation ici mérite d'être méditée. Outre le fait que les infractions visées à l'article 706-55 du code de procédure pénale sont toutes punies d'emprisonnement, il relève que « pour l'ensemble de ces infractions, les rapprochements opérés avec des empreintes génétiques provenant des traces et prélèvements enregistrés au fichier sont aptes à contribuer à l'identification et à la recherche de leurs auteurs ». Or voilà bien un argument qui vient en contradiction avec celui qui a prévalu à propos de la précédente réserve. C'est en effet ici l'argument technique par excellence qui resurgit. Puisque le rapprochement peut servir à contribuer à l'identification et à la recherche des auteurs de ces infractions, alors la liste de celles-ci est justifiée. Le législateur voit ici s'ouvrir toute grande la voie vers de possibles ajouts à la liste de l'article 706-55 du code de procédure pénale. Il suffit donc qu'une peine d'emprisonnement soit encourue et que l'infraction soit de celles à propos desquelles on peut exploiter en enquête une trace, relever une empreinte pour que la constitutionnalité de cet élargissement soit acquise et du même coup l'élargissement du champ des « rapprochements possibles ». L'intérêt de la réserve analysée ci-dessus s'en trouve largement ruiné.

Les modifications de la liste de l'article 706-55 du code de procédure pénale seront sources de débats judiciaires. Ainsi, les militants anti-OGM, faucheurs de cultures transgéniques étaient-ils naguère poursuivis et condamnés (7) du chef de destruction du bien d'autrui commise en réunion (c. pén., art. 322-1 al.1, 322-3 1°). Ces infractions figurent dans la liste de l'article 706-55 du code de procédure pénale. La loi n° 2008-595 du 25 juin 2008 a créé à l'article L. 671-14 du code rural une infraction spécifique de « destruction de parcelle de culture autorisée » punie de peines de prison distinctes selon la nature de l'autorisation mais qui ne comporte pas de circonstances aggravantes du fait de la réunion. Le législateur n'avait aucunement pour objectif d'adoucir le sort des auteurs de ces faits comme en témoigne les débats en première lecture au Sénat qui adopta, sur amendement du rapporteur, ce texte (8). Les peines d'amendes encourues sont augmentées par rapport au délit général, tandis que les peines de prison sont diminuées par rapport au délit général aggravé par la réunion. À l'évidence, nul ne s'est soucié de savoir si l'infraction en cause devait ou non figurer à la liste de l'article 706-55 du code de procédure pénale. Elle n'y figure donc pas. La Chambre criminelle (9) a donc logiquement approuvé une cour d'appel d'avoir relaxé des militants anti-OGM condamnés pour l'infraction prévue à l'article L. 671-14 du code rural du délit de refus de se soumettre au prélèvement biologique. Le législateur peut vouloir corriger cet oubli. La décision du Conseil constitutionnel lui en laisse toute la liberté. Les parquets peuvent préférer quant à eux le délit général commis en réunion faisant ainsi prévaloir la règle de la qualification la plus haute. Elle permettra en outre le fichage au FNAEG des personnes condamnées. Bref, le désordre risque de s'installer dans les pratiques (10).

Sur la seconde réserve relative à la durée de conservation des empreintes au fichier

L'article R. 53-14 qui prévoit une durée de conservation de 40 ans pour les empreintes des personnes condamnées et de 25 ans pour les empreintes des personnes soupçonnées sans distinguer selon la nature des infractions ni l'âge des personnes en cause au temps du prélèvement devrait être modifié prochainement comme l'annonce d'ailleurs le gouvernement français dans une affaire pendante sur cette question devant la CEDH (11). Un projet de décret devrait être soumis à la CNIL puis au Conseil d'État sur ce point.

Sur l'application du principe *ne bis in idem*

La réitération du refus à des périodes et en des circonstances différentes peut donc donner lieu à des poursuites et des condamnations distinctes sans méconnaître le principe *ne bis in idem* et cette affirmation tient lieu de motivation. Il faut comprendre que le délit de refus de prélèvement appartient pour le Conseil à la catégorie des infractions successives qui « supposent une pluralité d'infractions identiques commises à la suite les unes des autres » (12) et chacun des refus « conserve son autonomie par rapport aux autres » (13). En ce cas, la règle *ne bis in idem* ne s'oppose pas à ce que plusieurs poursuites puissent être engagées à raison des différents faits délictueux ; plusieurs déclarations de culpabilité peuvent être prononcées, les peines étant fixées en respectant les règles du concours réel d'infractions. Un refus faisant suite à un autre déjà définitivement condamné pourra être poursuivi en récidive comme le soulignait la question prioritaire de constitutionnalité.

Il n'est pas absurde de craindre ici la fabrication quelque peu artificielle de « rebelles fonctionnels » pour emprunter à E. Durkheim ; des personnes opposées aux fichages et à leurs usages qu'elles jugent excessifs (14) et qui auront été condamnées du fait d'une activité militante comme c'était le cas de M. Jean-Victor C. requérant devant le Conseil (15), pourraient devenir des délinquants multi-récidivistes ou en tout cas multirécidivants parce qu'elles auront été convoquées à de multiples reprises pour un prélèvement qu'elles refuseront. La seule limite à cette fabrication artificielle de délinquants (16) multirécidivants ou récidivistes tiendra aux dispositions de l'article R. 53-21 du code de procédure pénale et au délai maximal d'un an (17) qu'il prévoit entre l'exécution de la peine et la réquisition du prélèvement. La Chambre criminelle approuve des décisions de relaxe fondées sur le constat de ce que la réquisition avait été prise après l'expiration du délai d'un an (18).

Les refus de prélèvement sont donc des infractions successives mais les « périodes et circonstances distinctes » dans lesquelles elles peuvent être commises sont enfermées dans un délai fixé par voie réglementaire. Et le pouvoir exécutif ne s'est d'ailleurs pas privé de doubler déjà une fois ce délai. Est-ce bien là une situation conforme au principe de légalité ? Faut-il supprimer le délai ? Mais alors le délit et la peine encourue fonctionneront plus comme un délit d'opinion sanctionnant l'expression répétée et sollicitée d'un refus de principe.

Le Conseil constitutionnel n'en a sans doute pas fini avec le FNAEG. Il devra d'ailleurs répondre à une autre QPC transmise par arrêt du 14 septembre 2010 (19) et qui concerne l'article 706-56 III du code de procédure pénale. Le refus de prélèvement emporte, aux termes de ce texte, le retrait et l'interdiction d'octroi de toutes réductions de peine. Le Conseil est interrogé sur la conformité de ce texte avec l'article 66 de la Constitution (privation de liberté sans l'intervention de l'autorité judiciaire) et les articles 8 et 16 de la DDH (principe de non-rétroactivité de la loi pénale, principe de nécessité des peines, principe du droit au recours à un juge).

Le consentement nécessaire au prélèvement biologique encore requis par la loi pour les délits punis de moins de dix ans d'emprisonnement et pour les suspects n'est-il pas devenu un trompe-l'oeil, cher à la justice néolibérale (20), quand le refus de prélèvement devient un délit reproductible à souhait ?

Bibliographie : M. Schwendener, Les principaux fichiers de la police, AJ pénal 2003. 21 ; V. Gautron, Fichiers de police : concilier sécurité et liberté, AJ pénal 2007. 57 ; C. Girault, Identification et identité génétique, AJ pénal 2010. 224 ; V. Gautron, Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? AJ pénal 2010. 266 . - **Jurisprudence :** Crim. 28 sept. 2005, n° 04-87.295, AJ pénal 2005. 457, obs. C. Saas ; Crim. 12 sept. 2007, n° 06-85.687, Bull. crim. n° 203 ; D. 2007. 2981, note S. Detraz ; AJ pénal 2007. 489, obs. G. Royer ; RSC 2007. 848, obs.

R. Filniz  ; Crim. 9 avr. 2008, n° 07-85.972, Bull. crim. n° 97 ; D. 2008. 1484, obs. D. Caron  ; AJ pénal 2008. 329, obs. J. Lasserre Capdeville  ; Dr. pénal 2008. Comm. 118, obs. Maron et Haas ; Crim. 10 juin 2009, n° 08-87.615, AJ pénal 2009. 369 .

Mots clés :

FICHIER * Fichier national automatisé des empreintes génétiques * Prélèvement biologique * Constitutionnalité * Durée de conservation des données

(1) Le Conseil s'est vu reprocher par un organe de presse d'être sur ces questions juge et partie au sens où cinq des neuf Sages ont participé, selon lui, à l'élaboration ou l'adoption des dispositions concernées soit comme parlementaires soit comme membre du cabinet du premier ministre (www.rue89.com/2010/09/21 consulté le 12 nov. 2010).

(2) Consid. 18 et 19.

(3) Le sénateur Dreyfus-Schmidt prit la peine de compter : on passait de 42 infractions à 138.

(4) « Le troisième alinéa du texte proposé dispose que les officiers de police judiciaire peuvent également, soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte d'une personne suspectée de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 avec les données incluses au fichier.

Cette disposition paraît inutile. S'il est possible d'inclure au fichier toutes les empreintes des personnes suspectées d'avoir commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55, il est *a fortiori* possible de rapprocher, sans les y insérer, ces empreintes des données incluses au fichier.

En revanche, une telle disposition aurait un véritable intérêt si elle permettait de rapprocher des données incluses au fichier des empreintes dont l'insertion dans le fichier n'est pas possible. Comme on le verra, le texte proposé pour l'article 706-55 du code de procédure pénale étend substantiellement la liste des infractions susceptibles de justifier l'insertion dans le FNAEG d'empreintes de personnes condamnées ou suspectées.

Il peut arriver qu'une personne soit suspectée d'avoir commis une infraction pour laquelle l'insertion d'une empreinte génétique au fichier n'est pas possible et que les officiers de police judiciaire ou les magistrats chargés de l'affaire souhaitent vérifier, au vu des éléments en leur possession, que la personne n'a pas été mise en cause dans une autre affaire ». Travaux parlementaires de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, Sénat, première lecture, Rapport n° 36.

(5) Ce fut la formulation finalement retenue.

(6) Travaux parlementaires de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, Ass. nat., première lecture, Rapport n° 508.

(7) Pour ex., CA Orléans, 26 févr. 2008, Legifrance.

(8) On relèvera notamment cette déclaration du Sénateur Charasse aujourd'hui membre du Conseil constitutionnel : « La deuxième chose qui me gêne, cher monsieur le rapporteur, malgré votre effort rédactionnel, c'est que vous évoquez "une parcelle de culture autorisée". Cela peut vouloir dire *a contrario* que l'on peut détruire librement des cultures non autorisées, et que l'on peut donc se faire justice soi-même, ce qui, au regard des principes de la République, est une horreur absolue. S'il doit y avoir des sanctions, quelles qu'elles soient, elles doivent s'appliquer à toutes les destructions de cultures, autorisées ou non. Nous ne sommes pas chez les Huns et ce ne sont pas les règles d'Attila ! Il y a en France des tribunaux ; la loi prévoit la destruction des cultures irrégulières et je ne voudrais pas, cher monsieur le rapporteur, que votre texte soit une incitation pour un certain nombre d'hurluberlus à se constituer en milices privées locales pour aller rendre la justice sur les terres d'autrui. Par conséquent, je préférerais que la rédaction vise "le fait de détruire ou de dégrader volontairement une parcelle de culture", autorisée ou non, n'entrons pas dans ces détails, car si seules sont sanctionnées les destructions de cultures autorisées, cela veut dire que, désormais, chacun peut rendre sa petite justice dans son canton, sa commune ou son hameau ! », Sénat, séance du 7 févr. 2008.

(9) Deux arrêts : Crim. 22 juin 2010, n° 10-80.957 et 10-80.958, inédit au Bull. crim.

(10) Désordre que redoutait le sénateur L. Béteille : « Pour autant, des dispositions législatives existent déjà et il ne me paraît pas nécessaire d'en faire plus. Si nous voulons que la loi pénale soit intelligible pour tous, n'ajoutons pas des textes à d'autres textes, ni des textes spécialisés aux textes généraux qui peuvent déjà s'appliquer », Sénat, séance du 7 févr. 2008.

(11) CEDH *Deceuninck c/ France*, req. n° 47447/08,. Nous remercions ici M^e J.-J. Gandini de nous avoir transmis les informations relatives à cette affaire et à la position du gouvernement français.

(12) E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 625 s.

(13) *Ibid.*

(14) La décision du Conseil démontre qu'elles peuvent ne pas avoir tort puisque sa décision vient contrarier nettement sur un point la volonté du législateur et ce en application de la DDH.

(15) Ou comme c'est le cas aussi des faucheurs volontaires.

(16) Les plus anciens des praticiens se souviennent de diverses constructions du même type à la fin des années soixante-dix (« renvoyeurs » de livrets militaires, diffuseurs d'information sur l'objection de conscience). La pénalisation de ces groupes qui ont au surplus le sentiment d'être poursuivis pour des délits d'opinion n'aura pas servi l'image de la justice pénale.

(17) Délai porté de six mois à un an par le décret n° 2004-470 du 25 mai 2004, art. 12.

(18) Deux arrêts, Crim. 24 juin 2009, n° 08-87.614 et 08-87.615, inédit au Bull. crim.

(19) Crim. 14 sept. 2010, QPC.

(20) Pour une analyse de cette orientation, nous nous permettons de renvoyer à J. Danet, *La justice pénale entre rituel et management*, PUR, 2010, postface A. Garapon, et à A. Garapon, *La raison du moindre État, Sur le néolibéralisme et la justice*, O. Jacob, 2010.

