



HAL
open science

Le profilage à l'épreuve du procès

Sylvie Cimamonti

► **To cite this version:**

Sylvie Cimamonti. Le profilage à l'épreuve du procès. Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2015. hal-01308652

HAL Id: hal-01308652

<https://hal.science/hal-01308652v1>

Submitted on 28 Apr 2016

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

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

Le profilage à l'épreuve du procès

Sylvie CIMAMONTI

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Directrice du laboratoire de droit privé et de sciences criminelles (LDPSC EA 4690)

1. Trace(s) et profilages. Si le recours au profilage qui répond globalement à l'idée d'établissement d'un profil dans des perspectives de filtrage et ciblage est utilisé dans différents domaines (consommation, emploi ...), il est en matière criminelle particulièrement dépendant de l'existence de traces. Après la commission d'une infraction déterminée, surtout s'il s'agit d'un crime, la mise en œuvre de différentes techniques de profilage de l'auteur dans le cadre de l'investigation criminelle dépend du type et de la qualité des traces que celui-ci a pu laisser. Mais le recours au profilage ne se résume pas à cette seule hypothèse. Le déploiement des contrôles d'identité, dont la finalité est aussi préventive, a fait l'objet dans différents pays d'accusations de pratique de profilage racial ou ethnique à l'encontre de la police. En France, c'est l'absence de trace laissée par les contrôles d'identité lorsqu'ils n'ont pas été suivis de vérification d'identité ou de garde à vue qui fait alors difficulté. Depuis le début des années 2000 et encore récemment, ces deux hypothèses de recours au profilage ont émergé en jurisprudence. La pratique du profilage racial lors de contrôles d'identité également susceptibles d'intervenir *ex ante* a été mise en cause dans le cadre d'un procès civil en responsabilité contre l'Etat (I) et des réponses ont été apportées quant à l'utilisation de différentes nouvelles techniques de profilage *ex post* dans le cadre du procès pénal (II).

I- La pratique du profilage *ex ante* à l'épreuve du procès civil

2. Profilage racial. La question de la pratique policière du profilage dit racial, ethnique ou parfois communautaire a suscité outre Atlantique et particulièrement aux Etats-Unis un nombre considérable d'études et d'enquêtes¹, que ce soit avant comme après le 11 septembre². Hormis au Royaume-Uni, l'intérêt pour la question est plus récent en Europe, notamment en France où elle est souvent désignée sous l'appellation de « contrôle au faciès ». L'ensemble des termes circonscrit bien la pratique : à l'occasion de contrôles d'identité, une partie de la population s'avère plus particulièrement ciblée par la police sur son apparence liée à l'origine

mais aussi au sexe et à la tenue notamment vestimentaire de la personne, tous éléments en interaction conjuguée³. Plus précisément, le profilage racial a été défini par la Commission

¹ F. JOBARD et R. LEVY, V° « Profilage racial », in B. DUPONT ET S. LEMAN-LANGLOIS (dir°.) *criminologie.com Dictionnaire de criminologie en ligne*, 2010.

² V. not. B. E. HARCOURT, « Rethinking Racial Profiling : A Critique of the Economics, Civil Liberties, and Constitutional Literature and of Criminal Profiling More Generally », *University of Chicago Law Review*, vol. 71 n° 4, 2004, pp. 1275-1381 ; « Muslim Profiles Post 9/11 : Is Racial Profiling an Effective Counterterrorist Measure and Does It Violate the Right to be Free from Discrimination ? », in *Security and Human Rights*, B. Gold et L. Lazarus (éd.), Hart Publishing, 2007. Pour le Canada, v. P. TREMBLAY, M. TREMBLAY et L. LEONARD, « Arrestation, discrimination raciale et relations intergroupes », *Rev. canadienne crimino. et justice pénale* 1999, vol. 41 n° 4, pp. 457-478 ; R. MELCHERS, « Do Toronto Police Engage in Racial profiling ? », *Rev. canadienne crimino. et justice pénale* 2003, vol. 45 n° 3, p. 347 ; M. CHALOM, « La pratique du profilage racial déshonore la profession policière », *RICPTS* 2011/1, pp. 83-100.

³ N. JOUNIN et al. « Le faciès du contrôle. Contrôles d'identité, apparence et modes de vie des étudiant(e)s en Ile-de France », *Déviance et Société* 2015/1, vol. 39, pp. 3-29 ; C. FAUBERT et al., « Décisions policières sous

européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) du Conseil de l'Europe comme « l'utilisation par la police, sans justification objective et raisonnable, de motifs tels que la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique dans des activités de contrôle, de surveillance ou d'investigation »⁴. En bref, il s'agit du « fait de fonder un contrôle d'identité sur l'apparence de la personne davantage que sur son comportement »⁵.

Si le profilage racial – qu'il résulte de préjugés ou de généralisations et stéréotypes - peut se concevoir à un niveau organisationnel comme résultant de directives ou d'instructions données à un niveau hiérarchique⁶, c'est l'échelle opérationnelle plus difficile à appréhender qui focalise l'attention. La mise en évidence du phénomène (A) conditionne les réponses susceptibles de lui être données (B).

A) La mise en évidence du profilage racial

3. Diversité des méthodes. Toute une série de démarches peuvent être envisagées et ont été déployées ces dernières années en France et en Europe pour démontrer l'existence d'une pratique policière de profilage racial.

Aux enquêtes qualitatives sur la base d'entretiens avec des jeunes issus de minorités dites « visibles » voire des policiers, souvent conduites par les ONG telle *Human Rights Watch*⁷, sont venues s'ajouter différents types d'enquêtes quantitatives. Il peut s'agir d'enquêtes de victimation à destination de victimes potentielles. La question des discriminations peut en effet figurer dans les enquêtes de ce type menées au plan national⁸ ou local⁹. Et une enquête annuelle pourrait à l'avenir être dédiée au racisme et à l'antisémitisme selon l'annonce du plan de lutte gouvernemental contre ces phénomènes présenté en avril 2015. Deux enquêtes quantitatives ont plus précisément porté sur les contrôles d'identité et le profilage racial. La première est l'enquête EU-MIDIS¹⁰ « Contrôle de police et minorités » publiée en 2010 diligentée par l'agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) opérée à partir d'un échantillon de 23 500 personnes d'origine immigrée et issues des minorités ethniques dans les vingt-sept Etats membres en 2008¹¹. La seconde est le sondage en 2014 auprès de 2273 personnes de dix-huit et plus résidant en France sur « Le contrôle d'identité », réalisé

la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents. L'influence du sexe et de l'apparence ethnique », *Criminologie*, 2015, vol. 48 n° 1, pp. 235-259.

⁴ Recommandation de politique générale n° 11 de l'ECRI sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police, CRI(2007)39, 29 juin 2007, §1-1 de la recommandation et p. 8.

⁵ F. DEPREZ, « L'identité dans l'espace public : du contrôle à l'identification », *APC* 2010, pp. 45-73.

⁶ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *Pour des pratiques de police plus efficaces Guide pour comprendre et prévenir le profilage ethnique discriminatoire* 2010, p. 15.

⁷ HRW, *La base de l'humiliation Les contrôles d'identité abusifs en France*, rapport 26 janvier 2012, 62 p.

⁸ Les enquêtes annuelles « Cadre de vie et sécurité » de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP), depuis 2007.

⁹ Elle a ainsi été introduite par Laurent Mucchielli dans la première enquête de l'Observatoire régional de la délinquance et des contextes sociaux (ORDCS) sur la victimation et le sentiment d'insécurité à Marseille présentée en 2014.

¹⁰ Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination.

¹¹ EU-MIDIS *Données en bref Contrôles de police et minorités* 2010, 20 p. ; *Rapport sur les principaux résultats* 2011, 290 p.

notamment pour *Open Society Justice Initiative (OSJI)*, la fondation du milliardaire américain George Soros¹².

Mais le nom de cette dernière reste surtout attaché à la première enquête quantitative, non plus par auto-déclaration mais par observation directe, intitulée « Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris » publiée en 2009, opérée à partir de constatations opérées *in situ* lors de plus de 500 contrôles intervenus en 2007-2008 sur cinq sites parisiens (gare, métro...). Elle mérite, au-delà de ses résultats, doublement l'attention. D'une part, parce qu'il s'agit d'un type d'enquête sociologique particulier associant une ONG militante (notamment pour le financement) et les membres d'une équipe scientifique rattachée au CNRS pour la réalisation, s'inscrivant dans le cadre d'un « programme de recherche-action » initié par la première ; si bien qu'elle a donné lieu à publications des deux côtés¹³. D'autre part, parce qu'elle pose nécessairement la question de la confrontation d'une enquête quantitative sur le profilage racial avec l'interdiction de principe des statistiques ethniques en France comme dans de nombreux pays européens, à l'exception notable du Royaume-Uni.

4. Enquêtes quantitatives sur le profilage racial et statistiques ethniques. Si la réalisation en France d'une enquête quantitative sur le « contrôle au faciès » aboutissait à la constitution prohibée de statistiques ethniques, l'on serait en présence d'une des rares hypothèses de contradiction entre la criminologie (discipline empirique) et le droit des droits de l'homme (discipline normative), plus précisément sur le terrain de la déontologie des acteurs de la criminologie pour les uns ou de la sociologie pour les autres¹⁴. En l'espèce, l'enquête réalisée se présentait à juste titre comme ne reposant pas « sur la constitution de statistiques publiques "ethniques" »¹⁵ ... qui ne sont pas pour autant les seules par principe interdites.

L'on sait que, l'article 8 de la loi Informatiques et Libertés du 6 janvier 1978 interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques des personnes. Il prévoit un certain nombre d'exceptions limitatives, le cas échéant sur autorisation de la CNIL, qui ne cadrent pas toujours parfaitement avec l'ensemble des méthodes de recherche concevables pour mettre en évidence le profilage racial. Ainsi peuvent être mis en œuvre les traitements pour lesquels la personne concernée a donné son consentement exprès, la mise ou la conservation en mémoire informatisée de telles données sans ce dernier constituant un délit¹⁶. De même peuvent être entrepris les traitements nécessaires à la recherche ... mais uniquement dans le domaine de la santé, ou ceux justifiés par l'intérêt public ... mais la recherche peut-elle y être rattachée ? La CNIL avait donc formulé en mai 2007 dix recommandations sur l'évolution souhaitable ou non à ses yeux en la matière¹⁷. Le Conseil constitutionnel a toutefois, censuré en novembre suivant un texte issu d'un amendement parlementaire qui, dans ce prolongement, tendait à

¹² Open Society Justice Initiative Graines de France et Human Rights Watch, *Le contrôle d'identité*, mai 2014, 27 p. ; « Contrôle au faciès : les Français jugent sévèrement leurs forces de l'ordre », *Le Monde* 10 mai 2014.

¹³ Open Society Justice Initiative, *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, Open society Institute, 2009, 84 p. ; R. LEVY et F. JOBARD, « Les contrôles d'identité à Paris », *Questions pénales* janvier 2010 ; F. JOBARD et al., « Mesurer les discriminations selon l'apparence : une analyse des contrôles d'identité à Paris », *Population* vol. 67, 2012/3, pp. 423-452.

¹⁴ R. GASSIN, « Criminologie et droits de l'homme », in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme Liber amicorum en l'honneur de Renée Koering-Joulin*, Anthémis, 2014, pp. 231-248, spéc. 24§ et s.

¹⁵ R. LEVY et F. JOBARD, préc. ; F ; JOBARD et al., préc., p. 446.

¹⁶ Art. 226-19 al. 1 CP prévoyant cinq ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende.

¹⁷ CNIL, *Mesure de la diversité et protection des données personnelles*, 16 mai 2007, 41 p.

modifier cet article 8 pour permettre le traitement de telles données dans le cadre de la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines, de la discrimination et de l'intégration et avec l'autorisation de la CNIL. Pour le Conseil, en effet, si les traitements nécessaires à la conduite de ces études « peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race »¹⁸. Le commentaire de la décision aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* donnait comme exemples de telles données objectives le nom, l'origine géographique ou la nationalité antérieure à la nationalité française et ajoutait curieusement, dans une seconde version, que « Le Conseil n'a pas jugé pour autant que seules les données objectives pouvaient faire l'objet de traitements : il en va de même pour des données subjectives, par exemple celles fondées sur le « ressenti d'appartenance ».

L'on reste donc depuis cette décision en l'état de simples recommandations, qui n'ont pas été le cas échéant suivies de modification législative, formulées antérieurement par la CNIL ou postérieurement par le Comité pour la mesure de la diversité et l'évaluation des discriminations (COMEDD)¹⁹. Celui-ci préconisait en effet en 2010 d'autoriser des « enquêtes de recherche ou des observations expérimentales sur les discriminations ethnoraciales » citant comme exemple « l'observation sur le terrain des pratiques de "profilage ethno-racial" par les forces de l'ordre »²⁰.

5. Convergence des résultats. Qu'elles aient été ou non conformes au cadre législatif existant, les résultats des différentes enquêtes intervenues convergent en termes de nombre et de fréquence des contrôles d'identité. En conjonction avec d'autres variables (sexe, âge, tenue vestimentaire...), les personnes issues des minorités ethniques ou visibles sur lesquelles ont porté les recherches ont été plus nombreuses à être contrôlées et l'ont été plus fréquemment que celles relevant de la population de référence, qu'il s'agisse selon l'étude de la population majoritaire ou de la population disponible sur le lieu d'observation. Or, de tels résultats de sur-contrôle étaient mis en perspective avec les effets qu'ils étaient susceptibles d'avoir en termes à la fois de relations de confiance avec la population (tensions dans les communautés susceptibles d'aller jusqu'au déclenchement d'émeutes urbaines) et d'efficacité de l'action policière.

Elles ont donc conduit à envisager les réponses à apporter à cette pratique.

B) Les réponses données au profilage racial

6. Que ce soit dans le cadre européen ou national, différentes autorités ont officiellement alerté sur la pratique du profilage ethno-racial lors de contrôles d'identité. En 2010, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) exhortait les autorités françaises à prendre des mesures pour lutter contre tout comportement discriminatoire des forces de l'ordre, y compris le profilage racial²¹. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) tenait, la même année, à attirer plus particulièrement l'attention du ministère de l'intérieur sur le problème que pose la question du « profilage ethnique »²².

¹⁸ Cons. const., décision n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, cons. 29.

¹⁹ COMEDD, *Inégalités et discriminations Pour un usage critique et responsable de l'outil statistique*, 5 février 2010, 272 p.

²⁰ *Ibidem*, recommandation 25, p. 222.

²¹ ECRI, *Rapport de l'ECRI sur la France*, 15 juin 2010, CRI(2010)16, 62 p., § 143 p. 45.

²² CNCDH, *La lutte contre le racisme l'antisémitisme et la xénophobie Année 2010*, Doc. fr, 2011, 434 p., p. 304. On notera que le rapport comporte une étude des deux sociologues ayant participé à l'enquête *Open Society*

Le Défenseur des droits consacrait en 2012 un rapport aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité²³. Les différentes voies alors suggérées tendant à la limitation de la pratique du profilage racial lors de contrôles d'identité n'ayant pas toutes été suivies, c'est une autre direction qui a été plus récemment explorée celle de sa mise en cause judiciaire.

7. Limitation du profilage racial. De nombreuses propositions ont été formulées dans le cadre de la lutte contre les contrôles au faciès, dont le candidat François Hollande avait fait l'un de ses soixante engagements lors de la campagne pour l'élection présidentielle de 2012²⁴. Elles allaient de l'adoption de nouvelles dispositions juridiques (interdiction du profilage racial dans la loi, meilleur encadrement du recours au contrôle d'identité dans le code de procédure pénale ...) à l'amélioration de la formation des policiers.

Certaines évolutions récentes y ont répondu. Ainsi, dans le sillage du code européen d'éthique de la police²⁵, le code français de déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014, énonce désormais au titre des relations avec la population et au respect des libertés que « lorsque la loi l'autorise à procéder à un contrôle d'identité, le policier ou le gendarme ne se fonde sur aucune caractéristique physique ou aucun signe distinctif pour déterminer les personnes à contrôler, sauf s'il dispose d'un signalement précis motivant le contrôle »²⁶. Il a été suivi de modules de formation.

En revanche, aucune avancée concrète n'a eu lieu quant aux propositions relatives à la publication de statistiques officielles sur les contrôles d'identité et à la remise d'une attestation nominative de contrôle en précisant les lieu date heure et motif comme cela existe au Royaume-Uni et a été expérimenté en Espagne. Cette dernière solution, le « récépissé », jugée intéressante au regard du profilage et plus largement en termes de transparence²⁷ mais à laquelle les forces de l'ordre sont hostiles, a en effet été abandonnée en octobre 2012 par le ministre de l'intérieur au profit du retour des numéros de matricule qui avaient disparu depuis 1984 à l'occasion de la mise en service d'un nouvel uniforme. Si le principe du port du numéro d'identification individuel sur l'uniforme (en pratique par *scratch* auto-agrippant) figure bien désormais dans les textes entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2014²⁸, la mesure semble n'avoir fait l'objet depuis que d'une mise en œuvre effective partielle²⁹. Or, l'absence de récépissé à l'évidence ne facilite pas en termes de preuve la contestation en justice à l'initiative de la personne contrôlée.

Justice Initiative menée à Paris qui en reproduit les résultats : F. JOBARD et R. LEVY, « Police, justice et discriminations raciale en France : l'état des savoirs », pp. 167-198.

²³ Défenseur des droits, *Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité*, 16 octobre 2012, Doc. fr., 149 p.

²⁴ Engagement n° 30 : « Je lutterai contre le "délit de faciès" dans les contrôles d'identité par une procédure respectueuse des citoyens ... ».

²⁵ Conseil de l'Europe, recommandation Rec(2001)10 du Comité des ministres aux Etats membres sur le Code européen d'éthique de la police, 19 septembre 2001, § 40.

²⁶ Art. R434-16 al. 1 code séc. int. et arrêté du 24 décembre 2013 relatif aux conditions et modalités de port du numéro d'identification individuel par les fonctionnaires de la police nationale, les adjoints de sécurité et les réservistes de la police nationale, *JORF* 27 décembre 2013, texte n° 46.

²⁷ S. CIMAMONTI, « La justice pénale à l'épreuve de la transparence », in *La transparence, un principe de gouvernance*, D. Custos (dir°.), Bruylant, 2014, pp. 187-201.

²⁸ Art. R434-15 code séc. int.

²⁹ CNCDH, *La lutte contre le racisme l'antisémitisme et la xénophobie Année 2014*, Doc. fr. 2015, 574 p., p. 81.

8. Mise en cause judiciaire du profilage racial. Si l'agence des droits fondamentaux de l'Union européenne notait en 2010 qu'aucune décision relative à une action en justice traitant spécifiquement du concept de profilage ethnique dans le contexte du maintien de l'ordre ne pouvait être relevée, il en va différemment depuis puisque de telles actions ont été intentées en Allemagne comme en France.

Une cour administrative d'appel allemande a ainsi estimé en 2012 que le contrôle d'identité d'un jeune homme, effectué en fonction du critère déterminant dans le choix des policiers de la couleur de peau, constituait une violation du principe de non-discrimination posé par l'article 3 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande. Mais à la suite des excuses présentées par la police fédérale, il a été mis un terme au procès par une déclaration conjointe, si bien que la décision finalement rendue se limite à la question des frais de justice laissés à la charge de cette dernière défendeur³⁰.

En France, l'offensive judiciaire contre le profilage racial lors de contrôles d'identité a d'abord pris la forme de la stratégie menée par une cinquantaine d'avocats à partir de mai 2011 consistant à soulever un certain nombre de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) à l'encontre de l'article 78-2 alinéa 1^{er} du code de procédure pénale³¹. Mais l'entreprise a échoué, les QPC transmises par quelques juges du fond en Ile-de-France ayant été déclarées par la chambre criminelle de la Cour de cassation et soit irrecevables³² soit ne présentant pas à l'évidence un caractère sérieux donc non renvoyées au Conseil constitutionnel³³.

Si bien que, l'année suivante, c'est la voie de la contestation devant la juridiction civile qui a été utilisée avec une action en responsabilité pour faute lourde dirigée contre l'Etat³⁴ engagée par treize demandeurs se présentant comme ayant été victimes de profilage racial lors de contrôles d'identité demandant chacun 10 000 euros de dommages et intérêts pour préjudice moral, soutenus par *Open Society Justice Initiative* et divers associations et syndicats. Le tribunal de grande instance de Paris, par treize décisions du 2 octobre 2013 à la motivation identique, devait les débouter de leur demande faute de rapporter la preuve d'un comportement discriminatoire des forces de police constitutif d'une telle faute de l'Etat³⁵. Selon le tribunal, l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 aménageant les règles de preuve en matière de discrimination³⁶ ne s'appliquerait dans ce type d'affaires qui avaient été présentées côté défense comme relevant d'un débat politico-juridique de la compétence du législateur. Dans le cadre de l'instance d'appel en 2015, à la reprise des arguments de part et d'autre est venue s'ajouter la présentation d'observations par le Défenseur des droits dont l'intervention

³⁰ Cour administrative de Rhénanie-Palatinat (*Oberverswaltungsgericht Rheinland-Pfalz*), 29 octobre 2012, req. n° 7A10532/12 ; A. KELES, « Inédite condamnation du profilage ethnique ("délit de faciès") en Allemagne », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 décembre 2012.

³¹ *Le Monde* 23 mai 2011.

³² Crim. 17 août 2011, n° 11-90066.

³³ Crim. 17 août 2011, n° 11-90063 ; 31 août 2011, n° 11-90069 ; 13 septembre 2011, n° 11-90079 ; O. BACHELET, « QPC et contrôles d'identité : la Cour de cassation usurpatrice du contrôle de constitutionnalité ? », *Gaz. Pal.* 8 novembre 2011, p. 19.

³⁴ Art. L. 141-1 code organisation judiciaire.

³⁵ TGI Paris 2 octobre 2013, n° 1258/71, 1258/73 à 1258/84.

³⁶ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Selon l'article 4 alinéa 1^{er} « Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». L'alinéa 2 n'exclut quant à lui l'application du texte que devant les juridictions pénales.

dans la procédure avait été sollicitée par les appelants³⁷. Pour cette autorité constitutionnelle indépendante, la nécessité d'établir la faute lourde de l'Etat sans aménagement de la charge de la preuve – refusé à tort par le TGI de Paris en première instance – et en l'absence de traçabilité des contrôles d'identité demeurés sans suite équivaut à priver le justiciable alléguant du caractère discriminatoire de la mesure d'une voie de recours effective.

Cette argumentation a prospéré puisque la Cour d'appel de Paris a, le 24 juin 2015, infirmé le jugement de première instance dans cinq des contrôles d'identité à elle soumis pour retenir la faute lourde de l'Etat et accorder à chaque demandeur 1500 euros de dommages-intérêts à titre de réparation du préjudice moral³⁸. La Cour a considéré que la situation française d'absence de traçabilité des contrôles d'identité n'aboutissant pas à la constatation d'une infraction (procès-verbal, enregistrement, récépissé) constituait une entrave au contrôle juridictionnel, susceptible en elle-même de priver la personne concernée de la possibilité de contester utilement la mesure en cause et son caractère éventuellement discriminatoire. Bien qu'écartant l'application de la loi du 27 mai 2008 en la matière, la Cour a néanmoins retenu dans le cadre de l'exigence d'une voie de recours adéquate la défaillance de l'autorité publique dans la démonstration du caractère justifié d'une différence de traitement. Or, à défaut d'une telle preuve, le caractère discriminatoire du contrôle d'identité engageant la responsabilité de l'Etat devait alors être admis en l'état des statistiques d'ordre général révélant un sur-contrôle d'une partie de la population – la juridiction se référant expressément au rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance de juin 2010 – corroborées en l'espèce par l'attestation d'un témoin des interpellations.

Cette action en justice constitue une première en France en matière de contestation judiciaire du profilage racial lors de contrôles d'identité ayant encore renforcé l'attention sur le phénomène et ouvrant la voie au cheminement procédural national et européen. Une telle confrontation au procès pourrait à l'avenir être amplifiée en l'état de la proposition de loi en discussion instaurant une action de groupe en matière de discrimination qui prévoit la possibilité pour les associations de lutte contre les discriminations d'agir devant les tribunaux de grande instance ou administratifs afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des personnes placées dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause une discrimination, au sens des articles 225-1 du code pénal, qui soient imputables à des personnes physiques ou morales³⁹. Aux Etats-Unis, l'une des *class actions* introduites en matière de profilage racial lors de « *Stop and Frisk* » a ainsi abouti en 2014 dans l'affaire *Floyd v City of New York*, après des années de procédure⁴⁰, à un accord avec le maire de New York Bill de Blasio relatif à la réforme des pratiques policières placé sous contrôle indépendant pendant trois ans.

9. Pratique du profilage racial et technique du profilage criminel. Pour qu'il en aille ainsi encore faut-il que le profilage racial soit considéré comme une pratique déviante et illicite et non plus comme s'inscrivant dans une technique de profilage criminel. Or, le gouvernement réfutait encore en 2010 les affirmations du rapport sur la France de l'ECRI relatives au profilage racial⁴¹ affirmant que « les critères retenus par les policiers pour effectuer leurs contrôles reposent sur une analyse raisonnée de la délinquance en fonction du lieu où les

³⁷ Décision du défenseur des droits n° MSP/MDS/MLD-2015-021 du 3 février 2015, 12 p.

³⁸ Cour d'appel de Paris 24 juin 2015, n° 13/24277 ; *D. actua* 25 juin 2015, obsv° A. PORTMANN.

³⁹ Proposition de loi n° 1699 en annexe du rapport n° 2811 du 27 mai 2015 de M. R. Hammadi fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale.

⁴⁰ United States District Court, S.D. New York, Nos. 08 Civ. 1034 SAS, 12 Civ. 2274 SAS, Aug. 12, 2013.

⁴¹ Cf. *supra* n° 6.

contrôles sont menés et du comportement le plus souvent observé chez les auteurs des types d'actes de délinquance de proximité les plus constatés localement »⁴².

Certaines véritables techniques particulières de profilage criminel apparues assez récemment ont posé en jurisprudence le problème de leur insertion à la procédure pénale.

II- Les techniques du profilage *ex post* à l'épreuve du procès pénal

10. Lorsque l'on se situe cette fois exclusivement après les faits, la situation se présente différemment en termes de profilage. La commission de l'infraction est à même de laisser un certain nombre de traces susceptibles d'apporter des renseignements sur la façon dont elle a été accomplie comme sur son ou ses auteur(s). Elles⁴³ sont aujourd'hui multiples et de nature différente : matérielles, digitales, génétiques, comportementales ... et même numériques. Or les progrès accomplis dans l'exploitation de ces traces semblent ouvrir de nouvelles perspectives *a priori* prometteuses pour l'investigation et l'élucidation criminelles. Une étude de sociologie du travail de police judiciaire, menée à partir de l'étude de dossiers d'homicide élucidés et non élucidés, a toutefois conduit à souligner la prépondérance des éléments humains (présence de témoins, enquête de voisinage) sur les éléments matériels ... pour dénoncer le mythe de la révolution technologique dont est imprégné le discours sur le rôle des techniques dans le travail de renseignement policier⁴⁴. Ceci renvoie à nouveau⁴⁵ à l'établissement de relations de confiance entre la population et la police.

11. Dans cette mesure, il s'agit de rechercher quelle est la réception contemporaine du profilage dans l'investigation criminelle, si et comment il peut s'y intégrer. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer ces dernières années plus particulièrement à l'égard de certaines formes de profilage *ex post*, ce qui conduit à distinguer le profilage psychocriminologique (A) et le profilage morphologique (B). Tandis que le premier est susceptible de livrer une analyse comportementale de l'auteur du crime, le second peut en donner le « portrait-robot » génétique.

A) Le profilage psycho-criminologique : l'analyse comportementale

12. La définition du cadre d'intervention éventuel au sein du régime de l'analyse comportementale (b) ne peut se concevoir qu'à partir de sa notion (a).

a) La notion d'analyse comportementale

13. Origines. On peut la faire remonter historiquement à l'intervention d'un psychiatre américain, le Dr. James A. Brussel ayant dressé le profil psychologique de l'auteur d'une série d'attentats à la bombe à New York dans les années 50 et formulé des orientations

⁴² ECRI, *Rapport de l'ECRI sur la France, op. cit.*, « Observations des autorités françaises », 6 paragraphe 143-1, p. 58-59.

⁴³ Sur les différences entre trace, signe, indice, empreinte cf. P. MARGOT « Traçologie : la trace, vecteur fondamental de la police scientifique », *RIPTS* 2014/1, p. 72. Adde O DELEMONT et al. « La violence laisse des traces : l'homicide dévoilé par la science forensique », in *Traité des violences criminelles* (dir. M. Cusson et al), Hurtubise, 2013, pp. 765-801.

⁴⁴ L. MUCCHIELLI, « L'élucidation des homicides : de l'enchantement technologique à l'analyse du travail des enquêteurs de police judiciaire », *Déviance et Société* 2006/1, vol. 30, pp. 91-119.

⁴⁵ Cf. *supra* n° 5.

d'enquête⁴⁶, même si en France on en trouve volontiers les prémices dans le travail d'analyse opéré à la fin du 19^{ème} siècle par un juge d'instruction, Emile Fourquet, dans l'affaire Joseph Vachet considéré aujourd'hui comme un tueur en série⁴⁷. L'utilisation des sciences comportementales comme outil d'aide à l'enquête s'est véritablement développée avec la création au début des années 70 d'une unité dédiée par le *Federal Bureau of Investigation (FBI)* devenue dans les années 80 la *Behavioral Analysis Unit*.

L'analyse comportementale englobe aujourd'hui en France deux dimensions essentielles.

14. Dimension d'analyse scientifique. L'apport de l'analyse comportementale à l'investigation criminelle consiste à pouvoir proposer à partir de l'analyse de la scène de crime⁴⁸, qui doit être préservée par la police judiciaire⁴⁹ et est aujourd'hui susceptible de reconstruction en trois dimensions, un profil psycho-criminologique de l'auteur susceptible de déboucher sur des orientations d'enquête. Elle peut en effet fournir des données comportementales telles que le mode opératoire et la signature criminelle qui renvoie à l'ensemble des actes d'un auteur qui ne présentent pas de caractère utile à la commission de l'infraction par opposition au précédent et fait l'objet d'un postulat d'invariance au fil des crimes⁵⁰. L'approche clinique inductive peut être confrontée à une approche statistique déductive qui élabore un profil type de personnalité à partir de l'étude d'un certain nombre de cas⁵¹.

15. Dimension technologique. SALVAC. Conformément à son origine transatlantique, le développement de l'analyse comportementale dans sa dimension technologique s'est effectué en France par transposition des systèmes de traitement informatique mis en place aux Etats-Unis en 1985 par le *FBI* sous le nom de *Violent Criminal Apprehension Program (VICAP)*, puis en 1991 par la Gendarmerie royale du Canada avec le *Violent Crime Linkage Analysis System (VICLAS)* inspiré du précédent. Après une première expérimentation sous la forme du programme Comportements Homicides Analyses et Recherche sur les Données Opérationnelles Nationales (CHARDON) à la brigade criminelle de la préfecture de police de Paris, la dimension technologique de l'analyse comportementale renvoie depuis 2003 au système d'analyse des liens de la violence associée aux crimes (SALVAC) géré par une cellule éponyme d'une quinzaine d'officiers de police judiciaire au sein de l'Office central pour la répression des violences aux personnes (OCRVP) de la Direction centrale la police judiciaire (DCPJ). Il s'agit d'une base de données dédiée associée à un logiciel d'exploitation, commune à la police et à la gendarmerie, destinée à mettre en évidence des liens entre les informations issues de différentes procédures et à détecter de potentielles sérialités qui peuvent être source d'orientation d'enquête ; autrement dit d'un fichier d'analyse sérielle. SALVAC fonctionne sur la base de l'intégration d'un questionnaire de plus de 150 items

⁴⁶ D. B. KENNEDY et R. J. HOMANT, « Forensics in the field : the example of profiling », in *Transnational Criminology Manual*, M. Herzog-Evans (ed.), 2010, vol. 3, pp. 77-99.

⁴⁷ J.-P. VETTARD, « L'affaire Vachet », *Rev. int. Police crim.* n° 482, 2000, p. 2-10.

⁴⁸ M. BENEZECH, « Le crime et sa scène : méthode d'analyse comportementale de l'acte homicide », *Forensic*, n° 19, 2004, pp. 19-25.

⁴⁹ Art. D7 CPP.

⁵⁰ E. DIEU et O. SOREL, « Les hypothèses sous-tendant la pratique du *Profiling* en France », *Annales médico-psychol.* vol. 172 n° 6, 2014, pp. 443-449.

⁵¹ V. par ex. P. LE BIHAN et M. BENEZECH, « Degré d'organisation du crime de parricide pathologique : mode opératoire, profil criminologique. A partir de 42 observations », *Annales médico-psycho.* vol. 162, oct. 2004, pp. 615-625 ; S. HARRATI, D. VAVASSORI et L. VILLERBU, « Etude des caractéristiques psychopathologiques et psychocriminologiques d'un échantillon de 40 femmes criminelles », *L'information psychiatrique* 6/2007, vol. 83, pp. 485-493.

d'une trentaine de pages rempli dans une affaire par le service enquêteur à même de révéler d'éventuels rapprochements avec d'autres affaires, le résultat de l'interrogation prenant la forme d'un rapport d'analyse comportementale joint ensuite à la procédure.

La particularité de la mise en place de SALVAC en France est qu'elle est intervenue d'une façon « spontanée » doublement critiquable : hors évaluation et hors cadre juridique.

Elle ne semble pas tout d'abord avoir été précédée d'une évaluation scientifique du système comme cela a pu être le cas dans d'autres pays européens, ainsi en Suisse à l'occasion de l'implantation à l'échelle des cantons⁵².

Par ailleurs et encore plus gravement, elle a été opérée en totale méconnaissance des conditions de licéité des traitements de données à caractère personnel posées par la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978. La « régularisation » de cette situation, régulièrement constatée, a pris des années et ne s'est effectuée que très progressivement et de façon désordonnée.

La loi « récidive » du 12 décembre 2005 est, dans un premier temps, venue donner une assise légale aux traitements automatisés d'analyse comportementale sérielle en insérant un article 21-1 dans la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. Le texte définissait notamment les infractions contre les personnes ou les biens objets d'investigation et les individus (potentiels auteurs ou complices mis en cause ou simples suspects, victimes, tiers susceptibles de fournir des renseignements...) et le type de données pouvant donner lieu à collecte. Mais il appelait un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ... qui n'est intervenu qu'en 2009. Cette dernière, après avoir rappelé qu'aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé⁵³, devait considérer, compte tenu du caractère exceptionnellement grave des infractions concernées, que la mise en œuvre (sic) de SALVAC était légitime, dès lors qu'elle se limite à un champ d'infractions restreint⁵⁴ ; ouvrant ainsi la voie au décret du 23 juin 2009⁵⁵. On notera que, s'agissant du profil racial dont il a été précédemment question, la CNIL a demandé et obtenu le remplacement de la référence au « type ethnique » par celle au « type physique apparent » (plus neutre ?) dans les champs des données sensibles relatives à l'agresseur ou la victime. Elle a en revanche estimé que la mention de la couleur de la peau de des derniers pouvait être admise compte tenu de la finalité de recherche criminelle du traitement, comme constituant un signe physique, objectif et permanent pouvant contribuer au signalement et à l'identification de l'agresseur.

Dans un second temps, l'assise légale qui avait donc été édictée après coup a été modifiée. La loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 14 mars 2011 (LOPPSI 2) a abrogé l'article 21-1 de la loi de 2003⁵⁶, pour insérer les fichiers d'analyse sérielle, parmi

⁵² P. MARGOT (directeur de l'Ecole des sciences criminelles, université de Lausanne), *VICLAS – SALCV – SALVAC : rapport d'évaluation sur les fondements scientifiques du système VICLAS destiné aux autorités policières du canton de Vaud*, 31 juillet 2009, 17 p. En dépit de ce rapport très critique, le système VICLAS a finalement été implanté en Suisse en 2003.

⁵³ Art. 10 al. 2 loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁵⁴ Délibération n° 2009-042 du 29 janvier 2009 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat portant création du Système d'analyse des liens de la violence associée aux crimes, *JORF* 25 juin 2009 texte n° 99.

⁵⁵ Décret n° 2009-786 du 23 juin 2009 autorisant la mise en œuvre d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Système d'analyse des liens de la violence associée aux crimes », *JORF* 25 juin 2009 p. 10501 ; dépêche DACG, CRIM-PJ N°8-D-19 du 13 juillet 2009.

⁵⁶ Art. 13 I.

d'autres fichiers de police judiciaire, dans le code de procédure pénale⁵⁷. Cette substitution s'est faite de façon assez confuse au regard de ce type de fichier préexistant qu'est SALVAC. Alors que ce dernier concerne des investigations relatives à des infractions d'atteintes aux personnes constitutives de crime ou délit puni de plus de cinq ans d'emprisonnement⁵⁸, la loi étend le domaine des traitements d'analyse sérielle à toute infraction punie d'au moins cette durée⁵⁹ ce qui permet donc l'élargissement des nouvelles bases⁶⁰. Elle a par ailleurs été suivie d'un décret d'application du 22 novembre 2013 dont l'objet et la notice, tout comme la Chancellerie⁶¹ le présentent comme régissant les fichiers d'analyse sérielle dont SALVAC ... alors qu'il n'en est rien⁶². Celui-ci, en application de l'adage *speciali per generalem non derogatur*, reste régi par le décret du 23 juin 2009. Or il existe entre les deux décrets des différences notables, ainsi quant à la durée de conservation des données. Alors que le décret cadre de 2013 prévoit une durée de quinze ans pour les délits et vingt ans pour les crimes à compter de la clôture de l'enquête⁶³, c'est une durée uniforme de quarante ans à compter de la date d'enregistrement dans le traitement qui s'applique pour SALVAC. Tous les fichiers d'analyse sérielle, sont en revanche susceptibles de poser les mêmes difficultés de retard dans la mise à jour, avec les conséquences que l'on a déjà connues pour le fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) et les fichiers d'antécédents judiciaires⁶⁴ ; difficultés redoutées par la CNIL s'agissant de SALVAC dès son avis sur le décret de régularisation de 2009⁶⁵.

L'analyse comportementale se révélant multidimensionnelle, s'est donc posée la question de l'intégration de l'une et ou de l'autre de ses facettes dans la procédure judiciaire.

b) Le régime de l'analyse comportementale : le cadre d'intervention

16. Les difficultés d'appréhension de la notion de profilage psycho-criminologique au début des années 2000 ont conduit à des tâtonnements dans le choix de son cadre juridique d'intégration à l'investigation criminelle. A l'insertion au sein de l'expertise judiciaire (1) a finalement été préférée un rattachement à la police judiciaire (2).

1) Analyse comportementale et expertise judiciaire

17. La quasi exclusion aujourd'hui d'une véritable expertise psycho-criminologique résulte des enseignements qui ont été tirés de la jurisprudence criminelle.

⁵⁷ Art. 230-12 à 230-18 et R40-35 à R40-37 CPP.

⁵⁸ Art. 2 I décret 23 juin 2009.

⁵⁹ Art. 230-12 1° CPP.

⁶⁰ Telle la base documentaire d'analyse sérielle de l'Office central de lutte contre la délinquance itinérante (OCLDI).

⁶¹ V. circulaire du 18 août 2014 relative aux fichiers d'antécédents judiciaires, *BOMJ* n°2014-08 du 29 août 2014, p. 1 et s., spéc. p. 2.

⁶² Si la délibération de la CNIL relative au projet de décret (n° 2012-231 du 20 septembre 2012, *JORF* 24 novembre 2013 texte n° 45) mentionne la non intégration de SALVAC dans le champ d'application du texte, elle le fait au visa de l'article 21-1 de la loi de 2003 pour la sécurité intérieure ... abrogé depuis le 15 mars 2011.

⁶³ Art. 3.

⁶⁴ Sur les condamnations successives de la France pour violation du droit au respect de la vie privée, v. dans le cas du FAED : CEDH 18 avril 2013, *M K c/ France*, req. n° 19522/09 et dans celui du fichier STIC (système de traitement des infractions constatées) : CEDH 18 septembre 2014, *Brunet c/ France*, req. n° 21010/10 ; *adde* CNIL délibération n° 2015-005 du 2 février 2015 mettant en demeure le ministère de l'intérieur et le ministère de la justice.

⁶⁵ Délibération n° 2009-042 du 29 janvier 2009, préc.

18. Jurisprudence criminelle. La chambre criminelle a, en effet, eu à se prononcer à deux reprises sur l'interférence entre le profilage psycho-criminologique et l'expertise judiciaire.

18-1. L'arrêt du 28 novembre 2001. La procédure ayant donné lieu à ce premier arrêt⁶⁶ était caricaturale.

Le suspect d'un meurtre suivi de dépeçage du cadavre – qui constitue un élément d'alerte de comportemental particulier - avait successivement fait l'objet à la demande d'un juge d'instruction d'abord en qualité de témoin d'une audition avec son consentement par un expert hypnologue autrement dit sous hypnose, puis en qualité de gardé à vue d'auditions – ayant permis de recueillir ses aveux - effectuées par des gendarmes au cours desquelles était intervenu un psychologue conseil auquel avait été confiée une expertise « en matière de profilage psychologique » et le soin de procéder à une préparation technique d'audition aux fins de garde à vue. La chambre criminelle devait censurer l'arrêt de la chambre de l'instruction qui s'était contentée⁶⁷ d'annuler la seule audition sous hypnose⁶⁸ en considérant d'une part que le rapport d'expertise relative aux opérations de placement sous hypnose et celui de « profilage psychologique »⁶⁹ avaient pour support nécessaire l'audition sous hypnose et, d'autre part, que le procédé consistant à faire entendre sur commission rogatoire, délivrée à des officiers de police judiciaire, une personne suspectée, placée en garde à vue, et à la faire, dans ces conditions, interroger par un psychologue conseil, sous couvert d'une mission d'expertise, viole les dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves et compromet l'exercice des droits de la défense.

L'arrêt n'est toutefois pas directement instructif au regard de l'analyse comportementale telle que nous l'avons précédemment entendue non seulement parce qu'il mêle hypnose et profilage, mais surtout parce que ce dernier n'était pas conçu comme une aide à l'investigation destinée à permettre l'orientation de l'enquête et concernait déjà un suspect déterminé. Il en allait différemment, au moins en partie, dans un second arrêt de la chambre criminelle rendu peu de temps après.

18-2. L'arrêt du 29 janvier 2003⁷⁰. Dans le cadre d'une information ouverte pour assassinat à la suite de la découverte d'un cadavre carbonisé dans un véhicule, le juge d'instruction avait désigné un expert psychologue inscrit sur une liste de cour d'appel en lui confiant la mission suivante : « prendre connaissance de l'intégralité de la procédure déjà réalisée notamment des circonstances du décès de la victime; au vu du dossier il conviendra dans la mesure du possible de faire une analyse psycho-criminologique de la procédure ; d'une manière générale vous formulerez toutes observations techniques qui vous paraîtront utiles à la manifestation de la vérité en vous conformant aux dispositions des articles 156 et suivants du Code de procédure pénale⁷¹ ». Il s'agissait donc bien avant tout cette fois d'une analyse psycho-criminologique ou comportementale destinée à cerner, à partir des éléments recueillis dans la procédure, le profil psychologique théorique de la victime puis, sur la base du type de lien

⁶⁶ Crim. 28 novembre 2001, n° 01-86467 ; *Bull. crim.* n° 248, p. 823 ; *D.* 2002, p. 372 ; *Gaz. Pal.* 26 novembre 2002, n° 330, p. 18.

⁶⁷ Entre guillemets dans l'arrêt.

⁶⁸ V. précédemment sur ce seul aspect : Crim. 12 décembre 2000, n° ; *Bull. crim.* n° 369, p. 1113.

⁶⁹ Entre guillemets dans l'arrêt.

⁷⁰ Crim. 29 janvier 2003, n° 02-86774 ; *Bull. crim.* n° 22, p. 81 ; *D.* 2003, p. 1730, obsv° J. PRADEL ; *Dr. pénal* n° 4, avril 2003, comm. 53 A. MARON et M. HAAS ; *Proc.* n° 4, avril 2003, comm. 100 J. BUISSON ; *LPA* 28 mai 2003 n° 106, p. 11, note A. GALLOIS.

⁷¹ Relatifs à l'expertise.

ayant pu les relier, celui d'un agresseur compatible avec le passage à l'acte ; même si dans un second temps l'expert s'était également prononcé sur la totale adéquation de la personnalité d'un suspect gardé à vue.

La chambre criminelle devait approuver l'annulation des opérations expertales aux motifs que sous le couvert d'une mission d'expertise, ordonnée et exécutée en méconnaissance des règles édictées aux articles 156 et suivants du Code de procédure pénale, le juge d'instruction avait délégué des pouvoirs relevant de sa seule compétence, en l'état des énonciations de la chambre de l'instruction qui avait notamment pointé d'une part l'imprécision de la mission d'expertise confiée par le juge d'instruction et d'autre part l'absence de définition de l'analyse psycho-criminologique sollicitée ne s'apparentant pas à une expertise psychologique⁷².

Quelles conclusions pouvaient être tirées de cette jurisprudence ?

19. Pertinence du recours à l'expertise judiciaire psycho-criminologique ? La jurisprudence précitée conduit à distinguer d'une part la licéité et d'autre part la faisabilité et l'opportunité du recours à l'expertise judiciaire ayant pour objet une analyse comportementale.

Lorsque l'on recherche le fondement sur lequel pourrait reposer l'appel fait à un analyste comportemental au cours de l'information judiciaire, l'on songe certes au support général que constitue l'article 81 du code de procédure pénale selon lequel le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité⁷³. Mais la confrontation successive de ce texte à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'évolution technologique en matière d'écoutes téléphoniques, de sonorisation et de géolocalisation en a illustré la fragilité⁷⁴.

Le recours à l'expertise judiciaire semble donc constituer un fondement plus approprié. A cet égard, l'arrêt du 29 janvier 2003 ne constitue pas une condamnation en soi de ce support mais des conditions dans lesquelles cette expertise psycho-criminologique avait en l'espèce été ordonnée puis opérée. Or ces conditions peuvent poser difficulté qu'il s'agisse de l'objet de l'expertise comme du choix de l'expert.

19-1. L'objet de l'expertise judiciaire. S'agissant en premier lieu de l'objet de l'expertise psycho-criminologique, se pose un double problème de définition et de délimitation.

L'imprécision de la mission confiée liée à l'absence de définition de l'analyse comportementale était au cœur de l'arrêt de la chambre criminelle de 2003. Certes, une dizaine d'années après, il n'existe pas en France de définition officielle de ce type de profilage dans un texte à valeur normative et les dictionnaires juridiques n'y font toujours pas référence⁷⁵. Mais, grâce à la multiplication des études sur la question⁷⁶, la notion est

⁷² La chambre criminelle devait également approuver la nullité consécutive de la garde à vue et celle de la mise en examen, le rapport d'expertise psycho-criminologique n'ayant pas été mis à disposition de l'avocat en temps utile.

⁷³ L'arrêt du 28 novembre 2001 a d'ailleurs été rendu, entre autres, à son visa.

⁷⁴ SC, « De la légalité à la loyauté de la preuve en procédure pénale », in Actes des secondes rencontres du droit privé et des sciences criminelles, Aix-en-Provence, 17 avril 2015, à paraître.

⁷⁵ Ainsi le *Vocabulaire juridique* Gérard Cornu Association Henri Capitant, 10^{ème} éd°, PUF, 2014. V. toutefois M. AGRAPART, V° « Profilage psychocriminologique ou analyse criminelle et comportementale », in *Dictionnaire des sciences criminelles* (dir. G. Lopez et S. Tzitzis), Dalloz, 2004, p. 755.

certainement mieux connue et cernée qu'auparavant. Au demeurant, le rapport d'un groupe de travail interministériel sur « Analyse criminelle et analyse comportementale » constitué par la direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la justice et remis au garde des Sceaux dès juillet 2003⁷⁷ comportait comme première proposition une définition de cette dernière comme « la technique d'aide à l'enquête alliant les protocoles traditionnels d'investigation et l'analyse des données objectives issues de la ou des procédure(s), fondée sur des connaissances liées à la compréhension du comportement humain et pouvant requérir l'accès à des systèmes automatisés de traitement judiciaire »⁷⁸. On peut ainsi considérer que devrait être considérée comme surmontée aujourd'hui la difficulté portant sur l'assignation à l'expertise, conformément aux exigences du code de procédure pénale⁷⁹, d'un objet précis supposant l'examen de questions d'ordre technique.

N'en subsiste alors pas moins une possible discussion de la délimitation de l'expertise psycho-criminologique dans l'espace comme dans le temps.

La délimitation dans l'espace renvoie aux relations de l'expert comportemental avec les enquêteurs d'une part et le juge d'instruction d'autre part. La difficulté était à nouveau patente dans l'arrêt de la chambre criminelle de 2003 puisque l'expert s'était positionné en interlocuteur des premiers et hors le contrôle du second. Or le juge d'instruction doit demeurer l'interlocuteur privilégié de l'expert qui est tenu de remplir sa mission en liaison avec lui et le tenir au courant du développement de ses opérations⁸⁰. Mais celui-ci, dans le cadre de la définition de la mission expertale, peut autoriser et contrôler les contacts de l'expert avec les enquêteurs ; la loi prévoyant même désormais qu'avec cette autorisation le premier peut communiquer, directement et par tout moyen, aux seconds les conclusions de son rapport⁸¹.

La question essentielle se ramène donc, quant à l'objet de l'expertise psycho-criminologique, à la délimitation de l'intervention dans le temps de l'expert.

A deux moments opposés dans le traitement de l'affaire la solution ne fait pas difficulté. Lorsque l'on se situe très en amont parce que l'affaire vient de démarrer avec la révélation de l'infraction et qu'il n'existe encore aucun suspect, l'expertise psycho-criminologique est à même de remplir véritablement son office d'aide à l'investigation en proposant aux enquêteurs le profil comportemental théorique de l'auteur qui lui paraît résulter de la procédure. Mais l'étude de la scène de crime étant à cet égard déterminante, on conçoit qu'il soit utile que l'analyste comportemental puisse y intervenir au plus tôt. Elle pourrait alors se faire en tant que personne qualifiée requise par un officier de police judiciaire de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques dans le cadre de l'enquête de flagrance⁸² ou préliminaire⁸³. Un problème d'articulation des deux fondements de l'intervention peut donc se poser. On peut observer à cet égard que le renfort de l'analyse comportementale est avant tout recherché dans des affaires d'homicide et/ou de viol si bien que la gravité des crimes commis comme redoutés dans les affaires sérielles peut aboutir à

⁷⁶ Cf. *supra* n° 14.

⁷⁷ *Doc. fr.*, 44 p.

⁷⁸ P. 23.

⁷⁹ Art. 156 al. 1 et 158 CPP.

⁸⁰ Art. 161 CPP.

⁸¹ Depuis la loi dite « Perben II » du 9 mars 2004 : art. 166 dernier al. CPP.

⁸² Art. 60 CPP.

⁸³ Art. 77-1 CPP.

l'ouverture très rapide d'une information judiciaire. En tout état de cause, l'on peut parfaitement concevoir le recours successif à une personnalité qualifiée dans le cadre de l'enquête puis d'un expert dans celui de l'instruction portant sur des études distinctes (scène de crime et procédure), qu'il s'agisse de personnes différentes voire de la même personne, la jurisprudence de la chambre criminelle ayant validé dans d'autres domaines la désignation comme expert d'une personne précédemment intervenue comme personnalité qualifiée⁸⁴.

A l'opposé, lorsque l'on se situe beaucoup plus en aval parce que l'avancement de la procédure a permis le placement d'individu(s) sous le statut de mis en examen ou témoin assisté, le rapport du groupe interministériel de 2003 est venu proposer de limiter l'utilisation de l'analyse comportementale à la détermination des orientations d'enquête à l'égard de personnes n'ayant pas cette qualité « afin de prévenir les risques de dérives » dans son utilisation⁸⁵. L'idée est donc d'éviter la confusion des genres et que ce sont d'autres types d'expertise (psychologique, psychiatrique) confiées d'autres spécialistes qui doivent alors prendre le relai pour les intéressés⁸⁶.

C'est entre les deux situations précédentes que l'intervention de l'expert peut s'avérer problématique quant à son opportunité lorsque, le cas échéant grâce à son aide, l'avancement de l'affaire révèle l'existence d'un ou de suspect(s) déterminé(s) susceptibles d'être placés en garde à vue. L'intervention d'un analyste comportemental est-elle encore concevable à ce stade et sa mission doit-elle inclure une préparation et une assistance à la garde à vue comme c'était le cas dans l'arrêt de la chambre criminelle de 2001 ? Alors que certains experts psycho-criminologues considèrent que cette phase fait partie intégrante du profilage⁸⁷, le rapport interministériel de 2003 n'envisage pas l'hypothèse et la définition qu'il donne de l'analyse comportementale⁸⁸ ne permet pas totalement de l'exclure. Pour autant, le centrage de la notion sur l'élaboration d'un profil théorique destiné à orienter l'enquête devrait plutôt conduire à l'écarter. Si l'on conçoit que la confrontation de la personnalité d'un suspect en garde à vue avec ce profil théorique afin de déterminer leur compatibilité soit évidemment nécessaire, cela suppose une intervention beaucoup plus subjective auprès de l'intéressé qui paraît s'éloigner de l'analyse des données objectives issues de la procédure. Tout dépend au demeurant du champ de compétence précis de l'expert susceptible d'être missionné.

19-2. Le choix de l'expert judiciaire. S'agissant, en second lieu du choix de l'expert désigné pour procéder à une analyse comportementale, alors que dans l'arrêt de la chambre criminelle de 2003 un expert psychologue avait été désigné par le juge d'instruction pour y procéder et quand bien même un expert peut toujours être choisi hors listes⁸⁹, il faut souligner qu'à la suite de la réforme du statut des experts judiciaires intervenue en 2004⁹⁰ la nomenclature, établie par le garde des Sceaux conformément à laquelle les listes d'experts doivent être dressées, fait désormais mention du « profilage » comme spécialité relevant de la branche « domaine médico-judiciaire spécialisé » au sein de la branche « médecine légale,

⁸⁴ Crim. 19 janvier 1999, n° 98-82192.

⁸⁵ Proposition n° 3, *op. cit.* p. 23.

⁸⁶ En ce sens, A. GALLOIS, note préc.

⁸⁷ M. AGRAPART, *préc.* et les indications de son rapport d'expertise complémentaire citées par Crim. 29 janvier 2003, n° 02-86774.

⁸⁸ *Cf. supra* n° 19-1.

⁸⁹ A titre exceptionnel et par décision motivée : art. 157 al. 2 CPP.

⁹⁰ Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques, *JORF* 12 février 2004 p. 2847; décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, *JORF* 30 décembre 2004 p. 22351.

criminalistique et sciences criminelles » (G.1.9)⁹¹. La liste nationale 2015 des experts agréés par la Cour de cassation révèle toutefois qu'il n'y a aucun expert inscrit à ce titre et une rapide vérification des listes établies par les cours d'appel (Paris, Aix-en-Provence, Lyon ...) montre qu'il semble en aller de même en province. Les deux constatations sont instructives. L'inscription du profilage dans la nomenclature officielle illustre que les difficultés de définition de la spécialité ont bien été dépassées même si, à l'instar des autres rubriques, elle n'en comporte aucune. Néanmoins, le défaut d'attractivité de la rubrique est patent. Cela peut s'expliquer au regard des conditions d'inscription sur les listes puisque le candidat doit exercer ou avoir exercé pendant un temps suffisant une profession ou une activité en rapport avec sa spécialité⁹² dans des conditions conférant une qualification suffisante⁹³. S'il existe aujourd'hui en France, outre les possibilités de formation à l'étranger, un certain nombre de diplômes nationaux (masters) ou universitaires (DU) spécialisés en psycho et/ou criminologie, il n'existe pas en dépit de titres autoproclamés de profession reconnue de criminologue ou psycho-criminologue, si bien que la justification d'une durée d'exercice suffisante ne peut se concevoir qu'au titre d'une autre profession ou activité par exemple au sein d'un service de police judiciaire.

Cela suffirait à expliquer l'apparente désaffection pratique contemporaine pour l'expertise judiciaire psycho-criminologique. Il faut encore ajouter que le rapport interministériel de 2003, qui avait exprimé de manière unanime – sans être suivi - son hostilité à l'égard de la création d'une nouvelle rubrique expertale en matière d'analyse comportementale⁹⁴, avait nettement pris position à l'encontre de l'expertise judiciaire en affirmant que « cette voie n'est pas appropriée à l'utilisation de l'analyse comportementale »⁹⁵, ce qui peut paraître excessif au regard du découpage possible de l'intervention de l'expert dans le temps. En tout état de cause, les articles du code de procédure pénale relatifs aux examens techniques et scientifiques dans l'enquête et à l'expertise judiciaire n'ont pas été modifiés, comme cela avait pu être suggéré⁹⁶, pour prévoir une meilleure intégration de l'analyse comportementale.

De façon plus exacte, l'expertise judiciaire n'est peut-être pas la voie la plus adéquate, et le rapport interministériel lui préférerait nettement une intégration du profilage psycho-criminologique à la police judiciaire affirmant que « le statut approprié à la pratique de l'analyse comportementale est celui d'officier de police judiciaire formé à cet effet »⁹⁷.

C'est la voie qui a été privilégiée depuis lors.

2) Analyse comportementale et police judiciaire

⁹¹ Arrêté du 10 juin 2005 relatif à la nomenclature prévue à l'article 1^{er} du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004, *JORF* 28 juin 2005, p. 10674.

⁹² Art. 2 4° décret 23 décembre 2004.

⁹³ Art. 2 5° décret 23 décembre 2004.

⁹⁴ *Op. cit.* p. 14.

⁹⁵ Proposition n° 2, *op. cit.* p. 23.

⁹⁶ J. BUISSON, *obsv°* préc.

⁹⁷ Proposition n° 2 « préciser le statut approprié aux analystes comportementaux », *op. cit.* p. 23. Dans le prolongement du rapport interministériel de 2003, la DACG a élaboré en avril 2004 un *Guide pratique d'analyse criminelle et d'analyse comportementale*, 15 p.

20. Département des sciences du comportement de la gendarmerie nationale. Si l'analyse comportementale peut se concevoir de façon externalisée⁹⁸ ou intégrée à la police judiciaire, c'est cette seconde forme qui semble prévaloir en France depuis le début des années 2000.

Une réflexion initiée en 2001 au sein de la gendarmerie nationale a débouché l'année suivante sur la création d'une unité expérimentale dénommée « Groupe d'analyse comportementale » (GAC) pérennisée depuis 2006 comme « Département des sciences du comportement » (DSC) composé de quatre analystes comportementaux et trois référents de police judiciaire intervenant au minimum en binôme associant chaque catégorie⁹⁹.

La caractéristique essentielle du DSC est liée à la compétence nationale sur l'ensemble du territoire et à la qualité d'officier de police judiciaire de ses membres. Il peut donc être saisi dans le cadre de l'enquête (de flagrance ou préliminaire) ou sur commission rogatoire du juge d'instruction. Son intervention consiste dans le cadre d'affaires criminelles qu'elles soient ou non sérielles¹⁰⁰ présentant notamment des particularités¹⁰¹, suite à une étude préalable de faisabilité, à fournir une aide à l'enquête qui peut prendre la forme d'un profil d'auteur, d'une assistance à l'audition de gardés à vue à l'exclusion des mis en examen, d'une analyse comparative de cas non élucidés¹⁰² voire d'un portrait de personnalité sans contact direct avec l'intéressé ou d'un géoprofil¹⁰³.

Pour ce faire, et au-delà de l'utilisation de SALVAC qui constitue pour lui un outil essentiel¹⁰⁴, le DSC déploie une méthode d'analyse comportementale forgée à partir d'expériences étrangères et évoluant avec l'élaboration scientifique et l'expérimentation de nouveaux protocoles d'intervention¹⁰⁵. Le concours du DSC à l'investigation doit en tout état de cause prendre la forme d'un procès-verbal joint à la procédure afin de garantir le respect du principe du contradictoire et préserver les droits de la défense¹⁰⁶.

⁹⁸ E. DIEU et O. SOREL, préc., § 3.1 ; dans l'affaire dite « Merah » des attentats survenus en mars 2012 à Toulouse et Montauban, il aurait ainsi été aussi fait appel à des analystes en comportement issus du privé pour aider les enquêteurs à cerner le profil du tueur, *Le Monde* 20 mars 2012.

⁹⁹ M. BENEZECH, « Sur l'analyse comportementale en matière criminelle, partie 1 », *Revue Experts*, n° 103, août 2012; P. CHAIGNON, « L'analyse comportementale et l'enquêteur : un partenariat de confiance », actes du colloque de l'Institut pour la justice « Une justice pénale rénovée fondée sur la criminologie moderne », 14 décembre 2012.

¹⁰⁰ C. TRIOLLET, « L'analyse comportementale et le phénomène des tueurs en série », *Rev. gen. nat.* 3^{ème} trim. 2010, pp. 88-97.

¹⁰¹ Absence de mobile apparent, spécificités du crime...

¹⁰² P. CHAIGNON, préc.

¹⁰³ Selon le *Rapport du groupe de travail sur le traitement des crimes en série*, Ministère de la justice, DACG, 2007, 112 p., p. 32-33 qui énumère cinq missions du DSC. Le géoprofil permet d'établir des liens d'ordre géographique (entre le domicile de l'auteur et celui de la victime, zone de réitération possible des faits).

¹⁰⁴ Cf. *supra* n° 15.

¹⁰⁵ M. BENEZECH et al. « Les composantes du crime violent: une nouvelle méthode d'analyse comportementale de l'homicide et de sa scène », *Ann. médico-psycho.*, vol. 164 n° 10, 2006, pp. 828-833; M. BENEZECH et DAC, « Élaboration d'un test d'analyse comportementale des crimes sexuels extrafamiliaux : principes médico-psychologiques et criminologiques généraux », *Ann. médico-psycho.*, vol. 166 n° 7, août 2008 pp. 552-557 ; M. BENEZECH et al., « PRACTIS : protocole d'analyse comportementale des infractions sexuelles extrafamiliales », *Ann. médico-psycho.*, vol. 168 n° 5, juin 2010, pp. 360-366 ; M.-L. BRUNEL-DUPIN et M. MAZERT, « Les fausses allégations d'enlèvement d'enfant : la pratique du FBI appliquée dans un nouveau protocole d'intervention du Département des Sciences du Comportement de la Gendarmerie nationale », *Ann. médico-psycho.*, vol. 171, n° 7, août 2013, pp. 481-484.

¹⁰⁶ *Rapport interministériel 2003, op. cit.*, proposition n° 3, p. 23 ; *Rapport du groupe de travail sur le traitement des crimes en série, op. cit.*, p. 24.

Face à l'existant, la question peut se poser du devenir de l'analyse comportementale au sein de la police judiciaire. La préconisation d'une meilleure synergie en son sein entre la police et la gendarmerie a ainsi été formulée¹⁰⁷. Si l'augure a aussi pu être fait d'un « emploi courant et systématique à très court terme » de cette technique « au même titre que la police scientifique et technique l'est aujourd'hui pour toutes les enquêtes judiciaires »¹⁰⁸, ce n'est sans doute pas pour demain. Cela supposerait un élargissement du périmètre d'action de la « police comportementale » actuellement limitée aux infractions les plus graves contre les personnes¹⁰⁹ qui ne peut reposer que sur une exploration scientifique préalable du ou des nouveaux champs à investir ; sans compter les obstacles liés au coût d'une implantation des services spécialisés par exemple à l'échelle régionale à l'instar des laboratoires de police technique et scientifique et à l'affectation d'un personnel formé à la technique suffisamment nombreux. Pour l'heure, une étape préalable semble passer par une plus grande sensibilisation à l'analyse comportementale quant à son contenu et à la plus-value qu'elle peut apporter si ce n'est à l'enquête en général du moins à certaines enquêtes, à laquelle le DCS contribue par ses interventions dans le cadre des stages proposés par le centre national de la formation de la police judiciaire (CNFPJ) au sein de l'école de gendarmerie de Fontainebleau¹¹⁰.

L'échec de la mise en oeuvre des techniques existantes a conduit plus récemment à la recherche d'établissement, à partir de traces biologiques, d'un profilage morphologique de l'auteur d'un crime, posant par là même la question de la licéité du recours à un tel procédé dans le cadre d'une procédure pénale.

B) Le profilage morphologique : le « portrait-robot » génétique

21. Empreintes et caractéristiques génétiques. La possibilité d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques a conduit à la constitution dans de nombreux pays de fichiers ou banques de données : *National DNA Database* au Royaume-Uni en 1985¹¹¹, fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) en France en 1998, banque nationale de données génétiques au Canada en 2000¹¹² ... susceptibles d'être également utilisés à l'échelle régionale et notamment européenne¹¹³ comme internationale¹¹⁴. Depuis lors, une nouvelle possibilité d'utilisation de l'ADN¹¹⁵ liée aux caractéristiques génétiques est apparue

¹⁰⁷ Rapport du groupe de travail sur le traitement des crimes en série, *op. cit.*, proposition n° 9, p. 33

¹⁰⁸ P. CHAIGNON, préc.

¹⁰⁹ Selon P. CHAIGNON (2012, préc.), le DSC « a traité plus de 300 dossiers criminels pour environ 63,5 % d'affaires d'homicides, 30,5 % d'affaires de viols et d'agressions sexuelles et 6 % d'affaires d'enlèvement et séquestration ».

¹¹⁰ P. CHAIGNON, préc.

¹¹¹ C. McCARTNEY, « Génétique médico-légale : la face cachée du Saint Graal », *L'Observatoire de la génétique*, n° 28, juin-août 2006.

¹¹² M.-L. VACHON et al., « Vos gènes s'il vous plaît ! La banque canadienne de données génétiques et la présomption d'innocence à l'ère du risque », *Champ pénal*, vol. VI, 2009.

¹¹³ Résolution du Conseil de l'Union européenne du 9 juin 1997 relative à l'échange des résultats des analyses d'ADN, JO n° C 193 du 24 juin 1997, p. 002 ; décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JOUE L 210/1 du 6 août 2008 et décision 2008/616/JAI du Conseil concernant la mise en œuvre de la décision 2008/615/JAI, JOUE L 210/12 du 6 août 2008, dites « décisions Prüm ».

¹¹⁴ La « Passerelle ADN » d'Interpol créée en 2002. *Adde Guide Interpol sur l'échange de données génétiques et sur les pratiques en matière d'analyse ADN Recommandations du groupe d'experts d'Interpol sur le suivi des techniques dans le domaine de l'ADN*, 2^{ème} éd° 2009, 122 p.

¹¹⁵ Acide désoxyribonucléique. S. SONTAG-KOENIG « ADN : vraie gène et faux gènes, bilan et évolution des techniques », *Dr. pénal* avril 2015, étude 11.

permettant l'élaboration d'un profilage notamment d'ordre morphologique. Les deux techniques doivent être distinguées. Tandis que le recours aux empreintes génétiques se situe dans une optique de comparaison, de rapprochement, de concordance à visée d'identification, l'appel fait au profilage morphologique s'inscrit dans une démarche de ciblage, de détermination aux fins d'orientation de l'enquête en réponse à la question « A quoi l'auteur du crime peut-il ressembler ? ».

A la différence de ce qui existe dans d'autres Etats, la loi française depuis les lois bioéthique différencie nettement *a priori* l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques¹¹⁶ et ce à plusieurs égards.

Tandis que l'article 16-11 du code civil permet que cette dernière puisse être recherchée dans différents cadres limitativement énumérés parmi lesquels celui de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, le premier ne peut être entrepris aux termes de l'article 16-10 qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique et nécessite le consentement exprès, écrit et préalable de la personne concernée. La distinction est encore renforcée par l'article 226-25 du code pénal qui érige en délit, puni d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, le fait de procéder à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique, ou à des fins médicales ou de recherche scientifique, sans avoir recueilli préalablement son consentement dans les conditions prévues à l'article 16-10 du code civil. Et le Conseil constitutionnel a pris acte, à deux reprises, du *distinguo* entre examen des caractéristiques génétiques et identification par les empreintes génétiques¹¹⁷.

Outre cette première différence liée au cadre d'intervention, une seconde porte sur la nature des segments d'ADN à partir desquels les deux types de recherche peuvent être effectués. Alors que le code de procédure pénale limite la réalisation des empreintes génétiques conservées dans le FNAEG aux segments d'ADN non codants¹¹⁸, à la seule exception du segment correspondant au marqueur du sexe permettant la différenciation homme/femme¹¹⁹, dont le nombre et la nature sont définis par arrêté ministériel¹²⁰, l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne nécessite d'être opérée à partir des segments codants, soit de segments conditionnant la synthèse de protéines et partant la manifestation et la transmission de caractères déterminés chez un individu. Ces segments dont la liste n'est pas établie par la loi renvoient ainsi à des caractéristiques morphologiques mais aussi physiologiques et héréditaires (maladies dont souffre la personne et prédispositions certaines pathologies) elles-mêmes en constante évolution avec l'évolution de la recherche génétique. Au traditionnel trio des premières tenant à la couleur et la teinte ou tendance (claire/foncée...) de la peau, des yeux et des cheveux, pourraient s'ajouter d'autres caractéristiques du visage (pilosité inter-sourcilière, présence d'une fossette au menton, décollement des oreilles, largeur de la mâchoire, écartement des pupilles ...) ¹²¹. Et les laboratoires d'analyse ne s'accordent pas forcément sur toutes les caractéristiques qu'ils s'autorisent à dévoiler dans leurs résultats notamment quant à l'origine ethnique ou bio-géographique de la personne. Au demeurant, la

¹¹⁶ Dans l'intitulé même du chapitre 3 du titre 1^{er} du livre 1^{er} du code civil.

¹¹⁷ Cons. const., décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, préc., cons. 18 et décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 (fichier empreintes génétiques), cons. 14.

¹¹⁸ Régions chromosomiques non génétiquement exprimées, c'est à dire non connues pour fournir des propriétés fonctionnelles d'un organisme.

¹¹⁹ Art. 706-54 al. 5 CPP.

¹²⁰ Art. R53-13 et A38 CPP.

¹²¹ S. SEELOW, «Le portrait-robot génétique arrive en France » *Le Monde* 18 décembre 2014.

distinction entre segments non codants et codants pourrait être aujourd'hui relative quant à la révélation de ces caractéristiques.

C'est dans ce contexte mouvant qu'est intervenu l'arrêt de la chambre criminelle du 25 juin 2014 relatif à la réception du profilage génétique morphologique dans le cadre d'une procédure pénale.

22. L'arrêt du 25 juin 2014. La nécessité d'une intervention législative est sans doute la conclusion à tirer de cette décision¹²² intervenue dans une affaire hors normes à de multiples égards.

Hors norme tout d'abord au regard des faits de l'espèce, la police et l'autorité judiciaire lyonnaises étant vraisemblablement confrontées à un violeur en série ayant déjà fait plusieurs victimes et susceptible de repasser à l'acte à tout moment.

Le rapprochement des traces d'ADN identiques prélevées sur deux d'entre elles avec les données du FNAEG n'ayant pas rien donné que ce soit au terme d'une recherche directe de l'intéressé ou d'une recherche dite « familiale » ou « en parentèle » permettant de vérifier l'inscription au fichier de membres de sa famille, le juge d'instruction ordonnait une expertise tendant à l'analyse de ces traces biologiques afin que soient extraites les données essentielles à partir de l'ADN et fournis tous renseignements utiles relatifs au caractère morphologique apparent du suspect.

Hors norme à nouveau, dans la mesure où ce même juge d'instruction décidait de saisir la chambre de l'instruction d'une requête en annulation de sa propre décision doutant sans doute de sa conformité au regard de la distinction des articles 16-10 et 16-11 du code civil.

Hors norme toujours, dans la mesure où le parquet général de Lyon formait un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ayant rejeté la requête en nullité d'une part et où la chambre criminelle, en sections réunies, rejetait d'autre part le pourvoi sur conclusions contraires de son avocat général¹²³ par un arrêt promis à tous les honneurs de publications de la Cour de cassation¹²⁴.

Mais hors norme, la décision l'est peut-être surtout sur le fond. Ne reprenant pas à son compte la motivation de la chambre de l'instruction suivant laquelle les articles 16-10 et 16-11 du code civil comme l'article 226-25 du code pénal ayant pour seul fondement le respect et la protection du corps humain n'auraient pas vocation à s'appliquer à la détermination par expertise des caractéristiques génétiques à partir d'un matériel biologique s'étant naturellement détaché du corps humain, la chambre criminelle rejetait néanmoins le pourvoi « 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 ».

¹²² Crim. 25 juin 2014, n° 13-87493 ; *Dr. pénal* octobre 2014, comm. 127, M. VERON ; *Proc.* août 2014, comm. 251, A.-S. CHAVENT-LECLERE ; C. GIRAULT, « La tentation du portrait-robot génétique », *AJ Pénal* 2014, p. 487 ; J. DANET, « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au « portrait robot génétique » (mais approximatif) est validé », *RSC* 2014, p. 595 ; E. VERGES, « Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux », *RDLF* 2014, chron. n° 25.

¹²³ M. Frédéric Desportes.

¹²⁴ P+B+R+I.

Il en va ainsi, tout d'abord, au regard des normes existantes parce que la solution de la Cour de cassation revient, dans une motivation quelque peu embarrassée, à valider cette expertise particulière qui s'inscrit pourtant soit dans le cadre exclusif de l'article 10-1 du code civil pour certains commentateurs¹²⁵ soit à tout le moins dans le cadre combiné des articles 10-1 et 10-2 pour d'autres¹²⁶, ce qui aurait du conduire dans chaque cas à son exclusion. En réalité, la chambre criminelle a procédé à un curieux mélange des genres consistant en un agencement inédit non prévu par la loi des deux types d'analyse en retenant l'objet de l'une (l'examen des caractéristiques génétiques) et la finalité de l'autre (l'identification)¹²⁷. Et la limitation de l'entreprise, soulignée par la Cour de cassation tenant à l'origine du matériau analysé (ADN *laissé sur les lieux* par l'auteur inconnu) comme aux résultats attendus (la *révélation* des seuls caractères *morphologiques apparents*) n'y change rien. En tout état de cause, l'expertise litigieuse n'a conduit en l'espèce à transmettre au juge d'instruction que des informations sur un profil morphologique assez répandu¹²⁸ ... et le violeur a fini par être arrêté en flagrant délit.

Il en va ainsi, surtout, au regard de la norme législative spécifique qu'appelle cette hypothèse au regard de l'article 8§2 de la CESDH sur le droit au respect de la vie privée et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg¹²⁹, que ne saurait suppléer la référence à l'article 81 du code de procédure pénale. La question de la licéité du recours au profilage morphologique en procédure pénale mériterait d'autant plus être réexaminée rapidement qu'il règne une certaine confusion en pratique. Alors qu'une dépêche du garde des sceaux de 2011, certes antérieure à l'arrêt de la chambre criminelle, s'opposait à la mise en oeuvre de tels profilages les estimant relever du domaine de l'examen des caractéristiques génétiques¹³⁰, plusieurs « portraits-robots génétiques » auraient depuis été demandés aux laboratoires de l'Institut national de police scientifique (INPS). Une question écrite parlementaire de 2015 sur le sujet est pour l'instant demeurée sans réponse¹³¹.

23. Conclusion. Le profilage, de la jurisprudence à la loi. L'étude de l'émergence en jurisprudence de différentes formes de profilage en matière criminelle révèle *in fine* l'ambiguïté et les nuances que celui-ci peut entretenir avec la loi. Le déficit législatif a ainsi été avéré en matière d'analyse comportementale lors de la mise en place du fichier d'analyse sérielle SALVAC. Le profilage fait en revanche désormais partie de la nomenclature des spécialités expertales. Un appel au législateur a encore pu être exprimé aussi bien au regard de la pratique du profilage racial pour assurer la traçabilité de tous les contrôles d'identité que dans l'interprétation de la décision de la chambre criminelle validant le recours au profilage morphologique. De façon plus indirecte, les progrès en matière de recueil et de conservation des traces sur lesquelles le profilage peut reposer sont avancés, dans le débat actuel remettant en cause le dépérissement des preuves parmi les fondements de la prescription de l'action

¹²⁵ C. GIRAULT, note préc. .

¹²⁶ E. VERGES, note préc.

¹²⁷ En ce sens, J. DANET, note préc.

¹²⁸ Sexe masculin, yeux de « couleur marron foncée », peau « claire tendance mate », cheveux de couleur « châtain ou brun/noir tendance foncée ».

¹²⁹ La grande chambre de la Cour a en effet considéré, à propos de la base de données du Royaume Uni que « la conservation tant des échantillons cellulaires que des profils ADN des requérants s'analyse en une atteinte au droit de ces derniers au respect de leur vie privée au sens de l'article 8§1 de la convention », CEDH 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume Uni*, req. n° 30562/04 et 30665/04), § 77.

¹³⁰ CRIM-PJ N° 08-28 H5 tome 4 du 29 juin 2011.

¹³¹ Question N° 73053 de M. Philippe Goujon, *JORF* 27 janvier 2015 p. 514.

publique, en faveur d'un allongement pouvant atteindre le doublement des délais prévus par la loi¹³².

¹³² Assemblée nationale, A. TOURET et G. FENECH, *Rapport d'information n° 2278 Mission d'information sur la prescription en matière pénale*, 20 mai 2015. V. not. en annexe 2 les contributions écrites de F. Daoust directeur de l'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale et F. Dupuch directeur de l'Institut national de police scientifique.