

LE RECOURS A L'IDENTIFICATION GENETIQUE COMME PREUVE EN PROCEDURE PENALE AU BENIN

TCHOCA FANIKOUA François

Enseignant Chercheur à la Faculté de Droit et de Science Politique

Université d'Abomey Calavi

SOMMAIRE

INTRODUCTION

- I. UNE TECHNIQUE AU SERVICE DE LA JUSTICE PENALE
 - A) UNE TECHNIQUE AVANTAGEUSE POUR LA JUSTICE
 - B) UN ELEMENT DE PREUVE SCIENTIFIQUE FIABLE
- II. LES LIMITES A L'IDENTIFICATION GENETIQUE
 - A) DES LIMITES LIEES AUX TEXTES ET AUX DROITS FONDAMENTAUX
 - B) DES LIMITES LIEES AU CONSENTEMENT

CONCLUSION

RESUME

Les progrès techniques et scientifiques et les enjeux de l'enquête et du jugement ont conduit à un essor considérable de l'expertise des empreintes génétiques en procédure pénale. Ainsi, le recours à l'identification génétique en matière criminelle, permet aujourd'hui à l'administration judiciaire d'asseoir une preuve scientifique fiable et efficace parmi les éléments de preuves scientifiques disponibles dans la recherche des auteurs des infractions. Très développée dans les systèmes juridiques des Etats occidentaux, elle est encore à l'étape embryonnaire dans plusieurs Etats africains dont le Bénin. Dès lors le Bénin, comme les autres Etats de l'espace CEDEAO, doit tout en se collant aux réalités du pays, s'enrichir des systèmes juridiques les plus performants en la matière afin de renforcer et de moderniser sa procédure pénale. Cette technique d'identification basée sur l'analyse du profil ADN, loin pourtant d'être une preuve parfaite en droit pénal, a des limites scientifiques, sociologiques, juridiques, éthiques et surtout des limites liées aux droits fondamentaux de l'homme ; ce qui peut amener le droit pénal à reconsidérer l'équilibre entre les enjeux de la répression et de la protection des libertés fondamentales.

Mots clés : identification ; empreinte génétique ; preuve ; procédure pénale ;

ABSTRACT

Technical and scientific progress and the challenges of investigation and judgment have led to a considerable expansion in the expertise of DNA fingerprints in criminal proceedings. Thus, the use of genetic identification in criminal matters now allows the judicial administration to establish reliable and effective scientific evidence among the elements of scientific evidence available in the search for the perpetrators of the offenses. Highly developed in the legal systems of Western countries, it is still at an embryonic stage in several African states, including Benin. Therefore, Benin, like the other countries of the ECOWAS region, must, while sticking to its reality, enrich itself with the most efficient legal systems in this area in order to strengthen and modernize their criminal procedure. This identification technique based on DNA profile analysis, far from being perfect proof in criminal law, has scientific, legal, ethical limits and above all limits related to fundamental human rights; which leads the criminal law to reconsider the balance between the stakes of repression and the protection of fundamental freedoms.

Keywords: identification - genetics proof - penal procedure

INTRODUCTION

Chaque être humain se distingue de ses semblables par un ensemble de caractéristiques morphologiques et biologiques qui rendent son identification possible. La recherche de tels éléments spécifiques et propres à un individu donné a, de longue date, stimulé la progression de la criminalistique.¹ En effet, le procès pénal, pour la manifestation de la vérité, fait appel toujours à des preuves. De nos jours, avec l'élan de modernisation de la justice qui n'échappe pas au développement prodigieux de la science et de la technique, émergent des éléments nouveaux de preuve pénale. C'est dans cette dynamique scientifique qu'est apparue au nom de la biologie ou précisément de la génétique, une application tendant à l'identification d'une personne se fondant sur les empreintes de son acide désoxyribonucléique (ADN) comme preuve scientifique en matière criminelle. Cette technique, somme toute, assez récente, est basée sur une analyse comparative de deux ou plusieurs échantillons d'ADN, prélevés sur une personne ou découvert sur la scène du crime. Aujourd'hui, elle est utilisée partout dans le monde.

Les Etats africains et particulièrement ceux de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) dont le Bénin², ont amorcé un réveil assez timide mais remarquable dans la production législative quant à l'utilisation de cet outil en matière pénale. C'est le cas du Togo³, de la Côte-D'Ivoire⁴, du Ghana⁵, du Niger⁶, pour ne citer que ceux-là. Cette volonté législative s'inscrit dans la logique de la mise en conformité avec la législation communautaire⁷. Le Bénin ayant été à l'avant-garde (l'un des premiers Etats de la région à adopter une loi dans ce sens) de cette politique législative, sera au centre de cette étude.

En effet, mû par la volonté d'aller de l'avant, dans la lutte contre la criminalité grandissante, et dans le souci de traquer les vrais coupables, le Bénin a entrepris une réforme ayant conduit à l'adoption d'un nouveau code de procédure pénale⁸ et d'un code du numérique⁹ chargé d'encadrer les données à caractère personnel. C'est principalement ces deux textes qui plongent le pays dans l'univers de l'utilisation des empreintes génétiques en vue de rechercher et d'identifier les présumés coupables en matière criminelle. Le sujet nous invite à nous interroger, non pas sur la valeur de l'empreinte génétique en elle-même -ce point ne faisant pas débat- mais sur celle de son utilisation dans le cadre judiciaire, notamment pénal. La question mérite en effet que l'on s'y arrête car, sans mettre en cause dans son principe, le recours à ce mode de preuve, il est opportun d'examiner si les précautions, les exigences techniques et encadrements divers qui conditionnent sa fiabilité sont effectivement prescrits et respectés. Car, dans la mise en œuvre, des difficultés apparaissent aussi bien au niveau des textes qu'au niveau de la nature même de l'opération d'identification, à telle enseigne que l'on s'interroge sur la fiabilité de cette technique d'identification du criminel par son ADN. Il s'en suit qu'il apparaît nécessaire de susciter la réflexion, sur l'efficacité de ces textes internes à construire un droit béninois d'empreinte génétique. C'est dans l'optique d'introduire le débat, que nous avons décidé

¹ C'est la science du procès, elle est la recherche des infractions et des coupables par des voies scientifiques. Cf. J.PRADEL *Droit pénal général*, 16^{ème} éd. CUJAS, 2006, Paris, p.70.

² Loi n° 2009-09 du 27 avril 2009 portant protection des données à caractère personnel en République du Bénin ; abrogée par la loi 2017-20 du 20 avril 2018 portant code du numérique en République du Bénin.

³ Loi n° 2019-014 du 29 octobre 2019 relative à la protection des données à caractère personnel de la République du Togo. JO. 64^{ème} année n°26 ter, numéro spécial du 29 octobre 2019, pp.1-20.

⁴ Loi n° 2013-450 du 19 juin 2013 relative à la protection des données à caractère personnel de la République de la Côte-D'Ivoire.

⁵ *Data Protection Act*, 2012 (Act 843) de la République du Ghana.

⁶ Loi n° 2017-28 du 03 mai 2017 relative à la protection des données à caractère personnel de la République du Niger.

⁷ Acte additionnel A/SA.1/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace CEDEAO du 16 Février 2010. Cet acte additionnel semble avoir été influencé par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO, n° L 281, 23/11/1995, pp. 31-50. Et la Convention de l'Union africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel adoptée en 2014.

⁸ Loi 2012-15 du 18 mars 2013 portant code de procédure pénale en République du Bénin.

⁹ La loi 2017-20 du 20 avril 2018 portant code du numérique en République du Bénin.

d'amorcer la réflexion sur un sujet qui relève de l'actualité et a une très forte tendance à la médiatisation.

Dès lors, il conviendrait, avant d'entrer dans le vif du sujet, de clarifier certains concepts.

Les données génétiques, sont toutes informations concernant les caractères génétiques héréditaires ou acquis d'une personne physique qui donnent des indications uniques sur la physiologie ou l'état de santé de cette personne physique et qui résultent, notamment, d'une analyse d'un échantillon biologique de la personne physique en question¹⁰. Ce sont ces données, qui facilitent donc l'identification grâce à la génétique qui est « la science du vivant qui étudie la transmission des caractères héréditaires, des gènes »¹¹.

L'identification génétique, serait alors « la manière de reconnaître un individu par le relevé des caractéristiques inscrites dans l'ADN de ses cellules. » Les empreintes génétiques sont obtenues par des recours à des techniques sophistiquées appliquée à des traces de sang, de sperme, de cheveux, etc., permettant de relever des séquences d'acide désoxyribonucléique »¹². Ce dernier se révèle être l'agent principal de transmission des caractères héréditaires.

Qu'entend-on par preuve et notamment en matière pénale ? DOMAT disait que « la preuve est ce qui persuade l'esprit d'une vérité »¹³. Plus tard, Faustin HELIE verra dans la preuve pénale « tout moyen juridique d'acquiescer la certitude d'un fait ou d'une proposition »¹⁴. Bref la preuve, en général, est le fait ou les conclusions d'un raisonnement de nature à convaincre le juge d'une prétention émise devant lui¹⁵. On le voit aussitôt : les rapports entre la preuve et la vérité sont étroits car la première permet d'accéder à la seconde, qu'elle soit favorable ou non au prévenu ou accusé.

A l'aune de cette définition, la preuve ADN issue de la technique des empreintes génétiques, a pour vocation l'identification d'un individu par comparaison entre son empreinte génétique et une trace inconnue découverte sur les lieux du crime. Ainsi, elle contribue de manière déterminante à forger l'intime conviction du juge.

En effet, selon la célèbre théorie d'Edmond LOCARD, « tout individu, à l'occasion de ses actions criminelles en un lieu donné, dépose et emporte à son insu des traces et des indices: sueur, sang, poussière, fibres, sperme, salive, poils, etc. (...), une fois passés au crible d'examen de plus en plus sophistiqués, ils parlent et livrent le récit du crime avant de permettre au lecteur-enquêteur de déchiffrer la signature de l'auteur-coupable »¹⁶.

Historiquement on peut retenir que la découverte de l'ADN¹⁷ est intervenue vers la moitié du XX^{ème} siècle, marquant ainsi une « révolution » criminalistique¹⁸. Pratiquée au Royaume Uni en 1986, la première expertise en la matière, a permis d'éviter la condamnation d'un innocent. ¹⁹ Par la suite, le recours à l'identification par empreinte génétique s'est généralisé, conduisant notamment à l'identification d'auteurs d'infractions particulièrement graves ou innocentant certains suspects. Les analyses ADN deviennent alors un moyen d'investigation judiciaire permettant d'identifier formellement les criminels et s'intègrent dans la procédure pénale. Cette

¹⁰ *Idem*, art.1^{er} p.14.

¹¹ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexiques des termes juridiques*, Dalloz, 22^{ème} édition, Paris, 2014, p.485.

¹² *Idem*, p.385.

¹³ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Veuve Cavelier, 1771, p. 204, cité dans Rafael Encinas de Munagorri, *Introduction au droit*, Paris, Flammarion, 2002, p. 277.

¹⁴ F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, T. IV, Bruxelles, Bruylant-Christophe et compagnie, 1866, no 1763.

¹⁵ J. PRADEL, *De certaines preuves scientifiques devant la Cour européenne des droits de l'homme*. Article, (2017) 51 RJTUM 25.

¹⁶ B. DURUPT, *La police judiciaire, la scène de crime*, Gallimard, 2000, p.23. Voir aussi, E.SUPIOT.

« Empreintes génétiques en droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », in, RSC 4 oct-nov. 2015, p.827.

¹⁷ En 1944, A.OSWALD, démontre que la molécule d'acide désoxyribonucléique (ADN) est liée à l'hérédité, et c'est finalement J. WATSON et F. CRICK, en 1953, qui identifient l'ADN comme matériel héréditaire et reçoivent le prix Nobel de physiologie et de médecine pour leur proposition de modèle linéaire en double hélice de cette molécule.

¹⁸ E. SUPLOT, (dir), *op.cit.* p.2.

¹⁹ *Idem*.

méthode d'identification est initiée par Alec JEFFREYS et utilisée pour la première fois par un tribunal de Pennsylvanie en 1986²⁰. En 1987, intervient la première condamnation aux États-Unis d'un violeur, Tommy LEE ANDREWS, identifié par son profil génétique²¹. En 1988, la France procède à son premier test ADN dans une affaire aussi de viol. Mais, en 1989, cette même technique a permis à l'américain Gary DOTSON d'être le premier suspect innocent²² alors qu'il était faussement condamné pour viol, ce qui lui a permis d'être libéré après avoir purgé 8 ans de prison sur une peine de 25 à 50 ans²³. C'est à partir de cette affaire que le doute s'est installé quant à la fiabilité de ce moyen de preuve.

Ce sujet, a priori redoutable, qui se justifie par le souci de modernisation de la justice, en relation avec le développement scientifique et technologique, est digne d'intérêt à double titre aussi bien au plan théorique que pratique.

Au plan théorique, tout individu se distingue des autres par un ensemble de caractéristiques morphologiques et biologiques qui rendent son identification possible. La recherche de tels éléments spécifiques et propre à un individu donné a toujours intéressé les criminalistes. Les préoccupations soulevées par l'identification génétique des criminels se situent à l'intersection de l'éthique et du droit. Le sujet appelle les applications relatives à l'information génétique en corrélation avec le respect des libertés publiques et les droits de la personne humaine, pour appréhender la progression des mécanismes juridiques capables de permettre une appropriation qualitative de la méthode d'identification du profil génétique.

Quant à l'intérêt pratique, il réside en ce qu'il facilite le renforcement des capacités des acteurs de la justice. Ainsi, les autorités de poursuites, les magistrats de siège, les auxiliaires de justice, pourront utilement orienter leurs ordonnances, leurs réquisitions et leurs plaidoiries dans la recherche de la vérité et du vrai coupable avant et pendant le procès. Ce travail, se fondant sur cet outil scientifique d'identification, révèle aussi des avantages qualitatifs quant au coût et à la célérité dans le traitement des dossiers, toute chose qui facilite l'aboutissement du procès pénal.

Pourtant, dans la pratique, cette preuve génétique, dite "rène des preuves"²⁴, suscite bien des méfiances et des débats doctrinaux dans tous les systèmes judiciaires. Au Bénin, le sujet est préoccupant et est à l'origine des réflexions tant du point de vue technique, juridique, social qu'éthique. Dans la quête de la manifestation de la vérité, le juge est parfois amené à ordonner des collectes et des prélèvements touchant le corps de la victime ou du cadavre sur les lieux du crime, en vue de commettre une expertise pour une analyse génétique. Il peut même, compte tenue des circonstances, ordonner une autopsie médico-légale sur un cadavre retrouvé sur les lieux.

C'est René DESCARTES qui, dans *les Premières règles pour la direction de l'esprit*, définissait si bien l'interdisciplinarité entre les sciences : « Les sciences sont tellement liées ensemble qu'il est plus facile de les apprendre toutes à la fois que d'en détacher une seule des autres. Si donc on veut sérieusement chercher la vérité, il ne faut pas s'appliquer à une seule science, elles se tiennent toutes entre elles et dépendent mutuellement l'une de l'autre. Il faut songer à augmenter ses lumières naturelles, non pour pouvoir résoudre telle ou telle difficulté de

²⁰ C. FRIEDRICH, *Les nouvelles technologies dans la procédure pénale: aspects techniques et juridiques de ces moyens de preuve*, Thèse de doctorat, Univ. Genève, 2013, no. D. 914, p.20. Affaire *Pestnikas c. Etat de Pennsylvanie*, arrêt de décembre 1986, 617 A. 2d 1339-1344.

²¹ *Idem*.

²² *Idem* ; V. aussi: <http://www.law.northwestern.edu>

²³ <http://www.crimtrac.gov.au/dnahistory.htm> (Consulté le 14 septembre 2020).

²⁴ J. POUSSON-PETIT, (dir), *L'identité de la personne humaine : Etude de droit français et de droit comparé*. Bruylant, Bruxelles, 2002 p.463.

l'école, mais pour que l'intelligence puisse montrer à la volonté le parti qu'elle doit prendre dans chaque situation de la vie.²⁵ »

Dans ce contexte d'interpénétration scientifique, de pesanteurs sociologiques et éthiques, la question se pose de savoir si en l'état actuel de l'arsenal juridique interne sur les empreintes génétiques, et tenant compte de l'exigence du respect des droits fondamentaux de la personne humaine, le juge peut-il recourir efficacement à l'identification génétique d'une personne suspectée, comme mode de preuve en procédure pénale?

Dès lors, dans une démarche transversale, pluridisciplinaire, fondée sur des disciplines juridiques ou non juridiques, il s'agira d'analyser le droit béninois d'identification du profil génétique en liaison avec le droit comparé même si en Afrique, cette technique n'est pas encore couramment utilisée. Ainsi, il apparaît que l'identification génétique en matière criminelle présente pour le juge pénal un intérêt certain dans la manifestation de la vérité (I) même si elle fait l'objet d'insuffisances et de vives critiques (II).

I. UNE TECHNIQUE AU SERVICE DE LA JUSTICE PENALE

Il apparaît évident semble-t-il, que les fonctionnaires de police, les magistrats et les auxiliaires de justice ont accueilli favorablement l'avènement de la preuve génétique dont l'objectif est la manifestation de la vérité lors des procès. Son usage de plus en plus fréquent, témoigne des avantages qu'en tire la justice pénale (A) comme élément de preuve scientifique fiable (B).

A) UNE TECHNIQUE AVANTAGEUSE POUR LA JUSTICE

Les avantages découlant des applications liés à l'identification génétique d'une personne en matière pénale sont multiples et diversifiés. Cette technique qui prend le pas sur l'ancienne technique constituée de l'aveu, du témoignage, des indices matériels et même de l'empreinte digitale, facilite la tâche aux autorités chargées des poursuites aux fins de rechercher les vrais auteurs des infractions.

1. Une recherche de culpabilité plus élaborée

En matière pénale, en cas d'infraction, la clé de voute de toute procédure est la recherche et l'identification de l'auteur à travers les preuves ou indices disponibles sur les lieux du crime. Ce rôle relève de la compétence de la police judiciaire et spécifiquement de la police scientifique, sous la direction du procureur de la République ou du juge d'instruction chargé du dossier. Pour réaliser cette mission, ces agents de poursuites font recours de nos jours à des techniques de plus en plus modernes dont l'efficacité est attestée de par le monde.

a) Un Fichier national automatisé des empreintes génétiques pertinent

La création d'un fichier national automatisé des empreintes génétiques, est le point de départ du processus d'utilisation de l'empreinte génétique puisque la collecte des données est la première étape du traitement automatisé. Cette collecte automatique des données en matière pénale fait partie de l'essence même des activités liées à la prévention, à l'investigation et à la répression. Au Bénin, le législateur a prévu un Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques, dénommé FNAE, dans le code de procédure pénale à l'article 824. Il est « placé sous

²⁵R.VERDIER et J.E TOSELLO-BANCAL, (cord.), *Les colloques du sénat Jean CARBONNIER (1908-2003), Art et Science de la législation*, éd. Cujas, www.senat.fr, 2008, p.5.

le contrôle d'un magistrat, et destiné à centraliser les empreintes issues des traces biologiques ainsi que des empreintes biologiques des personnes condamnées (...) en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs de ces infractions »²⁶. Le fichier contient également « les empreintes génétiques issues des traces biologiques recueillies à l'occasion de procédures des recherches des causes de mort ou de recherches d'une disparition ainsi que les empreintes génétiques correspondant ou susceptibles de correspondre aux personnes décédées ou recherchées. »²⁷ Ce travail de fichage du législateur facilite la tâche au juge afin que ce dernier, en toute sérénité puisse statuer sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé, en s'inspirant des éléments de preuves potentielles contenus dans le fichier. Car, il est nécessaire d'établir qu'une infraction pénale a été commise ou non par le suspect pour éviter la condamnation d'innocentes personnes. Il s'en suit que l'objectif de tout fichier est « l'établissement d'une banque de données qui permet d'une part de rassembler les preuves c'est à dire les traces relevées sur les lieux d'une infraction aux fins de les comparer à d'autres empreintes génétiques mises en évidence par les prélèvements effectués sur les lieux d'un crime, et d'autre part de conserver les profils génétiques des personnes condamnées »²⁸. Si les charges pesant sur un individu sont abandonnées ou s'il bénéficie d'un acquittement, ou « si leur conservation n'apparaît plus nécessaire »²⁹, les échantillons et les profils d'ADN sont retirés de la base de données au regard du droit béninois alors que cette prescription n'intervient que 40 ans après en droit français³⁰. La loi n'étant pas rétroactive, seuls les profils génétiques enregistrés sont ceux des personnes condamnées après sa promulgation. Le fichier est la condition sine qua non de l'efficacité de la technique de l'empreinte génétique. Ce modèle de fichier est une première en droit interne, puisque le précédent code de procédure pénale³¹ n'en n'avait pas prévu. Calqué sur le modèle français (Fichier national automatique d'empreinte génétique (FNAEG))³², il est encours de structuration.

Si au Bénin, l'inscription au fichier n'est pas encore pourvue, à cause de son extrême jeunesse, et surtout du fait qu'en la matière, les statistiques tardent à s'imposer, en France, elle était aussi timide à l'origine. Ce n'est qu'à partir seulement de septembre 2001 que le fichier est devenu opérationnel avec 40 traces et 400 profils.³³ Mais, aujourd'hui le nombre d'individus fichés augmente de façon considérable. Son accroissement est passé de 806 356 profils ADN en 2008 à 2,5 millions au 31 mai 2017 et le nombre de traces, d'environ 400 000,³⁴ essentiellement des infractions d'origine sexuelle. Ce qui dénote de l'importance du contenu du fichier, d'où son extension.

b) Une extension du champ d'application du fichier

Au Bénin, l'extrême jeunesse du droit positif, en matière d'identification génétique, n'a pas connu les péripéties et l'évolution du droit français d'empreinte génétique. Mieux, le Bénin n'a pas les mêmes réalités sociologiques face au phénomène criminel français. Néanmoins, le législateur a fait un effort significatif en s'inspirant des évolutions récentes du droit français pour adopter deux textes de loi, lesquels renforcent le contenu du fichier.

²⁶ Art.824.al.1^{er} CPP.

²⁷ Art.824 al.5.

²⁸ J.POUSSON-PETIT (dir), *op. cit.*, p 469 ; voir aussi F. CHRISTINE, *Fichier national des empreintes génétiques*, Mémoire DEA, Université de Lille, 2002.p.09.

²⁹ Art. 824. al.3. CPP ; art. 383.6, code du numérique.

³⁰ F.CHRISTINE, *op. cit.*, p. 27.

³¹ Ordonnance n° 25 PR/MJP, portant Code de procédure pénale, 2^{ème} éd. MJP, 1982.

³² Créé par loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la protection et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, J.O. n°139 du 18 juin 1998, p. 9255 ; voir aussi art.706-54 CPP.

³³ F.CHRISTINE, *op. cit.*, p.27.

³⁴ Francois.xavier.laurent@interieur.gouv.fr; v. Florence BELLIVIER et Christine NOVILLE, *Les empreintes génétiques : un régime fragile, entre caractéristiques génétiques et données personnelles*. Article, 2017, 22 Lex Electronica 97.

Le plus récent est la loi portant code du numérique. Le législateur y a consacré le *Livre cinquième* intitulé « des données à caractère personnel ». Ce code a balisé le terrain en matière d'identification de personne, en apportant un bon qualitatif quant à la procédure et les conditions d'usage des données personnelles à caractère sensible³⁵. Il est mis l'accent sur l'information génétique en général et particulièrement sur l'identification de l'empreinte génétique. Ce texte consacre, l'adoption des données à caractère personnel relatives aux condamnations pénales et aux mesures de sûreté connexes. Le législateur est allé plus loin en précisant les instances et le cadre de mise en œuvre du traitement à savoir entre autres : les juridictions et les autorités publiques compétentes.³⁶ Au regard du caractère hautement sensible desdites données, leur traitement et leur inscription au fichier sont par principe interdits sauf, « lorsque le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale ou réglementaire à laquelle le responsable du traitement est soumis ou, à l'exécution d'une mission effectuée pour des motifs importants d'intérêt général, dans la mesure où ce traitement est autorisé par le droit des États membres de la CEDEAO ou par la législation d'un État membre prévoyant des garanties adéquates ».³⁷ Dans ce cas, l'inscription et le traitement se font sous la responsabilité du Président de l'Autorité de protection des données personnelles³⁸. Outre les personnes condamnées³⁹ pour infractions pénales et mesures de sûreté connexes⁴⁰, le fichier automatisé prévu, s'étend aux personnes recherchées et poursuivies pour infractions pénales⁴¹.

C'est surtout le second texte, portant code de procédure pénale qui élargit le champ d'application du fichier. Ainsi, à travers les articles 824 et 825 dudit code, le législateur, dans le souci de couvrir le maximum de criminels, va aller au-delà des infractions à caractère sexuelles, là où le législateur français avait commencé le fichage, en prévoyant dans le fichier quatre catégories d'infractions à savoir : « 1) les infractions de nature sexuelle ; 2) les crimes contre l'humanité et les délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, les infractions de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menace d'atteinte aux personnes, de trafic de stupéfiants, de traite des êtres humains, de proxénétisme, de mise en péril des mineurs prévus par le code pénal ou des lois spécifiques ; 3) les crimes de meurtres, d'assassinat, de blanchiment de capitaux ; 4) les crimes et délits réprimant la détention d'armes, de munitions de guerre ou leur fabrication. »⁴² Il ressort de cette disposition que le législateur béninois vise presque toutes les infractions. Néanmoins, si les dispositions de ces articles, dans leur extension, correspondent exactement aux dispositions du droit français des empreintes génétiques, il conviendrait de noter que le législateur béninois n'a pas suivi son homologue français quant à l'extension du fichier relativement aux « infractions liées aux biens et au terrorisme »⁴³.

Au demeurant, l'une des conséquences de cette extension est que les auteurs de ces infractions et les personnes suspectées de les avoir commises verront leurs empreintes génétiques enregistrées dans le fichier. Ainsi, outre les personnes condamnées, le contenu du fichier s'étend également « à toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée »⁴⁴. Ne sont donc plus uniquement visées les personnes condamnées mais des personnes susceptibles de l'être ou

³⁵ Art. 394 code du numérique.

³⁶ *Idem* Art. 395

³⁷ Art. 395 code du numérique.

³⁸ *Idem*.

³⁹ En effet tant que la personne n'est pas définitivement condamnée, elle ne saurait être fichée.

⁴⁰ Art.380 code du numérique.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Art.825 CPP.

⁴³ Loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne, JO du 16 nov. 2001.

⁴⁴ Art.824 al.4 CPP.

des personnes seulement suspectées. Plus le fichier contiendra d'informations plus il sera performant. Cette extension marque une évolution significative dans la qualification des infractions. Elle ne tient plus compte seulement de l'objet de l'infraction mais plutôt de la personne objet de l'infraction, la qualification devient alors *rationae personae*.

2. Un intérêt juridique reconnu

Avec cet outil scientifique, qu'est l'identification du profil génétique d'un individu, la justice dispose d'une preuve quasi-parfaite. Aujourd'hui, l'empreinte génétique permet d'éviter des erreurs judiciaires, ce qui lui a permis d'innocenter plus d'une cinquantaine de personnes aux Etats-Unis, dont certaines condamnées à mort.⁴⁵ La certitude de condamner le vrai coupable, explique l'engouement vers cette expertise. D'une chose l'une, ou la personne suspectée est déclarée coupable ou elle est déclarée innocente. Dans ce dernier cas, elle serait sauvée d'une suspicion erronée. Il s'agit là d'un apport indéniable dans la manifestation de la vérité⁴⁶ qui rompt avec les méthodes classiques d'identification de la personne.

a) De l'empreinte digitale à l'empreinte génétique

L'empreinte digitale est considérée comme la technologie biométrique la plus ancienne et donc la mieux documentée. Elle est l'analyse de la main. Elle est très utilisée en biométrie pour des raisons évidentes: elle est le principal lien avec le monde physique qui entoure l'homme : prendre des choses, appuyer sur des touches, ouvrir et fermer des portes. Ainsi, la trace est laissée un peu partout ce qui a amené la police scientifique à développer les techniques concernant les empreintes digitales. Cette technique, utilisée et développée remonte à la fin du XIX^e siècle,⁴⁷

Au Bénin, la pratique de l'empreinte digitale est organisée par le décret n° 2016 -136 du 17 mars 2016 portant création attributions et fonctionnement des unités spécialisées à de police nationale. Il donne compétence à une unité de la police nationale, la Police technique et scientifique pour alimenter et gérer des fichiers nationaux, dont entre autres le fichier automatisé des empreinte digitales (FAED).⁴⁸ Mais cette technique qui est encore très utilisée en matière criminelle, tombe de plus en plus en désuétude au profit du recours à l'empreinte génétique qui semble présenter plus de gage de fiabilité.

En effet, contrairement au fichier de l'empreinte digitale qui est géré par la police nationale, celui des empreintes génétiques est un fichier de justice qui ne peut être alimenté que par des magistrats. Aucun policier ou gendarme ne l'interroge directement compte tenu de sa sensibilité.⁴⁹ Il est mis en œuvre par la direction centrale de la police judiciaire sous le contrôle d'un magistrat⁵⁰. L'efficacité de l'ADN en matière d'analyse scientifique réside à trois niveaux.

D'abord, l'ADN peut être réalisée à partir de multiples éléments biologiques tels que : cheveu, ongle, salive, sperme, sang etc. ; ce que ne permet pas l'analyse basée sur l'empreinte digitale.

Ensuite le matériel génétique est peu exigeant au niveau de la qualité. Un faible volume de matière suffit. Dans la mesure où la quantité d'échantillon varie entre 0,5µl et 2 ml selon la

⁴⁵ S. ROHMER, *Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique*. Zurich Schultess, 2006, XLVIII, 376 p ; p.64.

⁴⁶ J. POUSSON-PETIT (dir), *op. cit.*, p. 465.

⁴⁷ F. MASSICOTTE, *La biométrie, sa fiabilité et ses impacts sur la pratique de la démocratie libérale*. Maitrise, 2007.

⁴⁸ Art.54 et suivants dudit décret.

⁴⁹ D. T. NGUYEN, *Les nouvelles technologies en médecine légale sous l'angle de la libre appréciation des preuves*. Master : Univ. Genève, 2018, p.43.

⁵⁰ Art. 824. al.1 CPP.

méthode PCR⁵¹. Alors que les examens sérologiques traditionnels nécessitaient 10ml de sang. Grâce à la PCR, la plus utilisée d'ailleurs, l'empreinte génétique peut être réalisée à partir d'une très faible quantité d'ADN (50 à 100 cellules suffisent), dégradé ou non, purifié ou non, ancien ou récent, c'est-à-dire à partir de la plupart des traces biologiques prélevées sur le terrain au cours de l'enquête.

Enfin, la probabilité pour que deux individus dans le monde possèdent le même profil génétique est pratiquement nul.⁵²

Autres avantages de cette technique au plan judiciaire est qu'on peut d'une part, faire un complément d'expertise avec le matériel restant et d'autre part, aboutir à des résultats dans de courts délais, qui sont en moyenne de 12 heures pour le sang et 72 heures pour le sperme⁵³.

b) La célérité dans la procédure judiciaire

Le caractère unique de l'empreinte génétique en fait un instrument de choix dans le cadre d'identification du criminel et minimise par surcroît les risques de condamnation de personne innocente. A ce titre, l'information génétique peut servir à identifier les victimes d'accidents tout comme des criminels. Remarquons que la molécule d'ADN est un atout formidable. Les risques de dégradation naturelle de l'ADN ne se posent plus dès le stockage de ce dernier. Ainsi, les échantillons mis en banque peuvent être conservés durant des dizaines, voire des centaines d'années ; peu importe la qualité et l'âge de l'échantillon. Elle peut concerner la plupart des traces biologiques prélevées sur le terrain au cours de l'enquête. C'est un puissant outil d'identification dont on ne saurait priver la justice.

L'analyse proprement dite de l'échantillon ne dure seulement en moyenne que deux jours avec la méthode PCR et on peut aussi analyser plusieurs échantillons à la fois. Quand on sait qu'un procès peut durer plusieurs jours voire des mois, il en découle pour cette analyse une économie de temps et d'argent non seulement pour l'Etat mais aussi pour les parties aux procès. On peut faire aussi un complément d'analyse à partir des échantillons restants et aboutir à des résultats dans un délai relativement court.

Somme toute, un fichier criminel présente de nombreux avantages. Il est d'un apport indéniable, dans la recherche de l'identité du suspect. Il est l'outil idéal pour lutter contre la criminalité. Le Bénin ayant déjà un cadre légal d'identification du profil génétique, devrait poursuivre le processus, le rendre opérationnel en parachevant les textes subséquents. L'Etat gagnerait en tenant compte de nos réalités sociologiques tout en s'inspirant des erreurs et des succès des Etats qui l'on précédé.

Néanmoins, loin d'annihiler les méthodes classiques d'identification de la personne suspectée, la méthode d'empreinte génétique vient compléter efficacement, ces méthodes classiques en produisant des preuves plus ou moins irréfutables.

B) UN ELEMENT DE PREUVE SCIENTIFIQUE FIABLE

En matière de procédure pénale, la preuve joue un rôle essentiel dans la manifestation de la vérité à tous les stades de la procédure. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui⁵⁴. Dès lors,

⁵¹ Trois techniques ont été développées pour établir un profil génétique : la RFLP (1984) (*Restriction Fragment Length polymorphism*), la PCR(1986) (*Polymerase Chain Reaction*) et la AFLP (1990) ou *Amplified Fragment-Length Polymorphism*.

⁵² J. POUSSON-PETIT, (dir), *op. cit.*, p. 466.

⁵³ E. SUPLOT, (dir), *op. cit.*, p.13.

⁵⁴ Art.447 al.2 CPP.

la preuve indiciare qui précède la preuve génétique, lui permet de se forger son intime conviction.

1. La preuve indiciare

Les preuves sont traditionnellement, nous l'avons dit, l'aveu, le témoignage et les indices matériels (comme les traces, les pièces à conviction, les inspections, les écrits...). Les présomptions et des indices sont donc des preuves qui concourent à éclairer le juge dans sa quête de recherche du coupable. Ces présomptions apparaissent comme des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu⁵⁵. Elles sont alors dites légales ou judiciaires. En effet, les présomptions judiciaires ou indices judiciaires, relèvent de la libre appréciation du juge. Il s'agit donc de tous les faits dont il peut induire l'existence ou l'absence d'infraction, la culpabilité ou l'innocence de la personne soupçonnée. La preuve indiciare qui est alors une preuve reposant sur les indices, consiste ainsi à relever sur la scène du crime et à examiner tous les faits matériels qui peuvent conduire à la découverte de la vérité : empreintes digitales, identification génétique, traces diverses, etc. Ces indices qualifiés de « témoins muets qui ne mentent pas »⁵⁶, jouent un rôle de plus en plus important, et génétiquement analysés, deviennent une preuve génétique.

2. La preuve génétique

Aujourd'hui, la preuve ADN ou preuve génétique, également appelée preuve « scientifique », à l'instar des empreintes digitales, prend une place de plus en plus importante parmi les moyens de preuve utilisés lors de la procédure pénale⁵⁷. Issue de l'analyse génétique, l'empreinte génétique est considérée comme une preuve scientifique fiable⁵⁸ ; c'est-à-dire, irréfutable, incontestable devant le tribunal. Dès lors, l'établissement de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé par le biais d'un test d'ADN apparaît à l'évidence, comme une meilleure protection des droits de l'individu. L'avènement de l'ADN et son admission comme preuve, a créé un bon qualitatif dans la procédure pénale et la justice de sorte qu'au regard des atouts que présentent la technique de l'identification génétique, les juristes se sont accordés pour reconnaître un intérêt à utiliser ce procédé comme preuve pénale. Pendant longtemps, l'« aveu » a été considéré comme la « reine des preuves »⁵⁹. Mais de nos jours, l'empreinte génétique, n'est-il pas en train de se hisser à ce palmarès des preuves? Pour certains auteurs, l'empreinte génétique constitue « la preuve du 3^{ème} millénaire, elle a pris le relais de l'empreinte digitale⁶⁰ ». Un homme peut oublier, se tromper, voire mentir, tandis que l'indice matériel « ne ment pas. »⁶¹ Le processus, simple et pratique se fonde sur des prélèvements d'empreinte génétique et leur analyse au laboratoire.

a) Les prélèvements d'empreinte génétique

Dans le cadre d'une procédure pénale, deux types de prélèvements doivent être distingués. Dans le premier cas, le prélèvement est effectué sur la scène du crime, ce type de prélèvement est dit indiciare. Au nombre des personnes intervenant se trouve en bonne place la police judiciaire ou précisément la Police Technique et Scientifique (PTS), dans sa fonction

⁵⁵ J. LARGUIER et P. CONTE, *Procédure pénale*, 21^{ème} édition, Dalloz, 2006, Paris, p.310.

⁵⁶ *Idem* p.311.

⁵⁷ S. ROHMER, *Op.*, cit. p.63.

⁵⁸ *Idem*, p.125.

⁵⁹ G. PANDELON, *La question de l'aveu en matière pénale*, Thèse. Université Aix-Marseille, 2012, § 1.

⁶⁰ J. POUSSON-PETIT, (dir), *op. cit.*, p.465).

⁶¹ J. LEONHARD, « La place de l'ADN dans le procès pénal », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 9 | 2019, 45-56.

traditionnelle de constatation des infractions et de collecte de renseignements⁶². Dès lors qu'il est informé soit par plainte soit par dénonciation de la survenance d'une infraction entrant dans la catégorie des infractions énumérées dans l'article 825 du CPP, l'OPJ territorialement compétent se saisit d'office⁶³ ou sur instruction du procureur de la République ou du juge d'instruction, se transporte sur les lieux du crime. Une fois sur place, il doit respecter et faire respecter les exigences de l'exercice de ses fonctions. Quelques règles de procédure pour éviter des nullités éventuelles, sont à observer. Au regard de la loi, il est l'autorité compétente pour procéder aux collectes des indices et prélèvements biologiques. À ce stade précoce, de l'enquête préliminaire, ce sont essentiellement les fonctionnaires de police, notamment les OPJ techniciens de la scène du crime, ayant reçu une formation de police scientifique, qui, revêtus d'une combinaison adaptée pour la circonstance, un masque, des chaussures, des gants, évitent d'éventuelles contaminations⁶⁴. Ainsi, avec professionnalisme, ils interviennent pour délimiter un périmètre de sécurité autour de la scène du crime, pour réaliser la collecte des indices et des traces. Il s'agit de tout objet digne d'intérêt retrouvé sur les lieux de l'infraction. Ce peut être une partie des cheveux, des ongles, du sperme, de mégot de cigarette, des draps, des coussins, des sous-vêtements. Ces prélèvements sont placés systématiquement sous scellés et bien conservés en vue de faciliter le travail aux enquêteurs.

En revanche, concernant le prélèvement de type corporel, il est opéré sur un suspect, une personne physique et consiste classiquement en un prélèvement sanguin ou buccal. Il est fréquemment utilisé, dans la mesure où il présuppose une atteinte moins importante à l'intégrité corporelle. Or, la réglementation des profils d'ADN pose avant tout le problème de la tension entre besoin de sécurité publique et restriction de la liberté personnelle. C'est ce type de conflit qui pose véritablement un problème de fond à la justice pénale. Il peut se faire aussi bien sur une personne physique que sur une masse de personnes. La loi béninoise est illustrative à cet effet, lorsqu'elle précise que « les officiers de police judiciaire peuvent également procéder, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée »⁶⁵. Cette disposition, du législateur permet ainsi de prélever l'ADN d'une ou de plusieurs suspects à la fois. La jurisprudence confirme cette position en concluant qu'une chambre d'accusation peut ordonner une expertise génétique systématique de tous les hommes âgés de 15 à 35 ans habitant un village mais « avec leur consentement », et préciser que les renseignements obtenus ne seraient pas utilisés à d'autres fins que celle d'identification d'un meurtrier⁶⁶, puisque le risque est grand d'en abuser.

Pour s'approprier cet outil scientifique et technique en vue de sécuriser la scène du crime, de faciliter la collecte, le prélèvement et la conservation du profil génétique, il faut non seulement avoir un encadrement juridique adéquat mais il faut avoir aussi du personnel rompu à cette tâche. C'est ce qu'ont certainement compris les autorités béninoises à travers la coopération policière avec la France.

En effet, à travers le Projet d'Appui au Renforcement de la Police Technique et Scientifique en Afrique de l'Ouest (ARTECAO), le coopérant français, le Commandant Emmanuel PRAT, spécialiste en police technique et scientifique, a séjourné au Bénin de 2016 à mars 2019, soit

⁶² Art. 25 CPP.

⁶³ *Idem*, art. 825 al.4.

⁶⁴ Rennes, 14 avr. 1997 : D. 1998. Somm. 16. Obs. Gaumont-Prat.

⁶⁵ Art. 824. al. 4. du CPP. V aussi art.55-1 CPP français.

⁶⁶ Rennes, 14 avr. 1997 : D. 1998. Somm. 16. Obs. Gaumont-Prat.

trois ans, au cours desquelles, il a pu assurer une formation des formateurs à 09 policiers et 03 magistrats. Son expertise est allée également en direction de 2752 agents formés en protection des lieux, en Police Technique et Scientifique niveau 1 et 2, en dactyloscopie, en balistique, en écriture manuscrite.⁶⁷

Dans la mesure où « garantir la fiabilité des preuves scientifiques impose de s'assurer des conditions de collectes des indices (...) ainsi plus les techniques d'identification et d'analyse gagnent en sophistication, plus les conditions de prélèvement et de conservation doivent obéir à des règles rigoureuses »⁶⁸ de sorte que l'expertise judiciaire qui suivra le prélèvement soit irréprochable.

b) L'expertise judiciaire

L'expertise judiciaire est définie comme « une mesure d'instruction par laquelle le juge ou le ministère public conscient de la complexité de l'affaire, confie à un ou plusieurs spécialistes – ayant des compétences scientifiques ou techniques – le soin de se prononcer sur des questions de fait ou d'apporter un avis compétent »⁶⁹. Ainsi, toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans ce cas où se pose une question d'ordre technique, peut soit à la demande du ministère public, soit d'office ou à la requête de l'une des parties, ordonner une expertise⁷⁰. A ce stade de l'instruction du dossier, qui correspond à l'analyse de l'empreinte génétique, ce n'est plus l'OPJ qui joue le rôle dominant mais le Procureur de la République ou le juge d'instruction⁷¹ en collaboration avec l'expert ou le laboratoire qui a la charge de réaliser l'analyse de l'ADN. L'un ou l'autre des magistrats peut prendre les décisions qui s'imposent notamment la prise d'ordonnance délimitant la mission de l'expert. A cet effet, leurs réquisitions précisent simplement le nom du laboratoire qui reçoit les scellés et exposent clairement les missions qui lui sont confiées. Outre ces réquisitions, les scellés sont envoyés accompagnés d'une demande d'enregistrement de traces, d'une demande d'enregistrement d'individus pour les condamnés, ou bien d'une demande de rapprochement pour les personnes suspectes⁷².

Comme on le remarque, le juge ayant des connaissances limitées en la matière, l'identification génétique implique dès lors une expertise scientifique, voire judiciaire. En procédure pénale, l'appel à un ou plusieurs spécialistes chargés d'effectuer une expertise judiciaire est licite pour élucider une problématique liée au manque de connaissance des juristes.⁷³ La réalisation de l'étude nécessite qu'une personne qualifiée soit désignée. L'empreinte génétique doit être établie « à partir des seules séquences génétiques non codantes »⁷⁴. La partie codante qui détermine les caractéristiques héréditaires (morphologiques, physiologiques ou pathologiques) de chacun d'entre nous : couleur de la peau, des cheveux, des yeux, taille et même la susceptibilité à une maladie, n'est pas prise en compte par l'expert dans la détermination du profil ADN. Le reste, la plus grande partie de l'ADN qui est composé de séquences muettes dont les connaissances scientifiques actuelles ne permettent pas d'expliquer la fonction, est appelé partie non codante. Ces segments non codants ne permettent de distinguer que la structure génétique unique d'un individu, de ne l'identifier qu'à travers une sorte de code-barre qui, en lui-même, constitue une abstraction sans indication morphologiques,

⁶⁷ www.dgpr.bj consulté en août 2021.

⁶⁸ E. LAJARTHE, *op. cit.*, p.476.

⁶⁹ C. FRIEDRICH, *op. cit.*, p.96.

⁷⁰ Art.173. al.1 CPP.

⁷¹ Art.69 et suivants et art.87 et suivants et 173 CPP.

⁷² J. LEONHARD, *op. cit.*, p.45-56.

⁷³ C. FRIEDRICH, *op. cit.*, p.95.

⁷⁴ Art.824 al.6 CPP.

physiologiques ou pathologiques aucune⁷⁵. Ce qui suppose que les travaux de l'expert sont bien encadrés.

L'expert joue donc un rôle central en procédure pénale. Il est un acteur indispensable dans la recherche de la vérité. La fiabilité de l'analyse dépend de la compétence de l'expert. Il doit faire preuve d'intégrité. Il participe aux échanges avec les magistrats pour au besoin signaler la faiblesse ou la mauvaise qualité d'un support, les possibilités techniques d'analyse et les orienter vers un prélèvement conséquent. L'avis de l'expert qui est purement technique, est consigné dans un rapport signé et transmis au juge dans les délais prescrits pour être joint au dossier de la procédure. Ainsi, l'expertise et ses conclusions apparaissent comme un moyen adéquat pour découvrir et apprécier certaines preuves. Elle fournit une base d'information solide au juge du fond pour déterminer sa conviction sur l'existence, l'inexistence d'un fait ou sur l'interprétation à donner à un indice retrouvé sur les lieux de l'infraction. En revanche, l'expert ne doit pas s'arroger les compétences appartenant au juge.⁷⁶

À l'issue de l'analyse et au regard des conclusions de l'expertise, la trace ADN collectée sur la scène du crime peut permettre, en comparaison avec les données du fichier des empreintes génétiques, d'identifier un suspect et de lui imposer un prélèvement qui permettra de s'assurer de la correspondance entre son ADN et celui antérieurement collecté. Il s'agit d'une démarche juridique (validité de la preuve) et judiciaire (pertinence de la preuve). En pratique, il pourra être difficile au juge et davantage encore pour les jurés, de résister à la tentation de prendre les résultats de l'expertise génétique comme l'affirmation d'une vérité⁷⁷. Néanmoins, le rôle de l'expert s'arrête à l'information. Le prélèvement sur l'individu peut aussi être effectué même s'il ne sert pas à réaliser une telle correspondance. En effet, la tendance à la systématisation des prélèvements à des fins d'enregistrement dans le fichier des empreintes génétiques permet aussi bien d'augmenter pour l'avenir les chances de correspondances entre une trace ADN et un profil enregistré dans le fichier, qu'aux enquêteurs d'élucider certaines affaires, parfois anciennes, lorsque l'ADN de l'individu prélevé correspond avec un ADN qui était resté non identifié. Une fois cette correspondance établie, les enquêteurs peuvent se servir de l'ADN pour obtenir des aveux, pour confronter le suspect aux éventuelles incohérences de sa version des faits ou même de son refus de reconnaître son implication. C'est cela qui explique l'efficacité de cette technique et sa fiabilité par rapport aux méthodes traditionnelles antérieurement utilisées. Mais, sa fonction est de compléter et non de remplacer une enquête judiciaire⁷⁸. Les analyses ADN deviennent alors un moyen d'investigation judiciaire permettant d'identifier formellement les criminels et s'intègrent dans la procédure pénale. Connaître l'identité des criminels est important afin d'empêcher les criminels récidivistes de donner un faux nom lorsqu'ils se font attraper et ainsi cacher leur passé criminel⁷⁹.

Il se dégage à la lumière de ce qui précède que l'identification génétique apparaît comme un outil très puissant au service de la justice pénale. La certitude de détenir le vrai coupable en a fait une preuve révolutionnaire admis par plusieurs systèmes juridiques aussi bien *common-law* que *romano-germanique* et même aussi par la société. Il serait souhaitable que ces genres de techniques se généralisent aussi au sein des tribunaux africains et particulièrement au Bénin.

Cependant, tout n'est pas rose avec l'émergence de cette nouvelle preuve scientifique, dans la mesure où elle porte en elle-même, les germes de son insuffisance et n'est pas à l'abri des

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ C. FRIEDRICH, *op. cit.*, p.98.

⁷⁷ E. SUPLOT, « Empreintes génétiques en droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », in, RSC 4 oct-nov. 2015, p.831.

⁷⁸ OPECST - Empreintes génétiques, rapport n°3121, Assemblée Nationale française, juin 2001.

⁷⁹ F.MASSICOTTE, *La biométrie, sa fiabilité et ses impacts sur la pratique de la démocratie libérale*. Maitrise, 2007, Université de Québec, Montréal, Canada. P.30.

critiques. Et quand bien même l'ADN fait partie des éléments soumis à l'appréciation du juge, elle n'est toujours pas une vérité qui s'impose à lui, elle ne peut que servir la démonstration d'une vérité scientifique et non de la vérité judiciaire.

II. LES LIMITES A L'IDENTIFICATION GENETIQUE

L'empreinte génétique, issue du patrimoine génétique entre dans la catégorie des données à caractère personnel. Cette technique d'identification génétique, gagne certes en certitude, mais sa démarche a des limites. En effet, cette certitude apparente d'identification du criminel par son empreinte génétique, heurte les contraintes liées aux textes et peut entrer en conflit avec les droits fondamentaux de la personne humaine et l'éthique (A) ; elle soulève aussi des problèmes de consentement quant à l'admission de l'ADN comme preuve pénale (B).

A) DES LIMITES LIEES AUX TEXTES ET AUX DROITS FONDAMENTAUX

Pour assurer une bonne justice pénale, il faut disposer des textes législatifs et réglementaires assez clairs, non équivoques et veiller à leurs misent en œuvre. Au Bénin, en matière de recherche de criminel par identification de son profil ADN, des textes existent mais ils sont lacunaires, incomplets et l'expertise qualifiée fait souvent défaut, d'où des difficultés. Ces difficultés sont aussi liées au respect des droits de l'homme qu'à l'éthique.

1. Les limites textuelles et procédurales

En Afrique, la production législative et réglementaire relative à l'identification d'un criminel par son empreinte génétique est très faible. Au Bénin, en dehors des codes précités qui constituent la base légale en la matière, il n'y a plus de textes spécifiques ou réglementaires pouvant créer et faciliter la mise en œuvre de la police technique et scientifique. La loi sur le numérique précitée, "parle" de « protection des données à caractère personnel » de « données à caractère sensible et enfin de données génétiques à caractère personnel relative aux « condamnations pénales et aux mesures de sûreté connexes »⁸⁰. Ces dernières peuvent uniquement être mises en œuvre par les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public dans le cadre de leurs attributions légales, notamment leurs missions de police judiciaire ou administrative ». La question de l'identification du profil génétique d'une personne présumée coupable ou d'une personne condamnée, n'est abordée que de manière générale, vague. Ainsi que nous l'avons vu, les données génétiques sont englobées dans les notions de "données personnelles" ou de "données sensibles" ou encore de "fichier" sans autre forme de précision. La notion d'empreinte génétique n'est pas abordée et n'est pas non plus définie dans le texte. Le code ne renvoie même pas à la prise de lois spécifiques ou de décrets d'application relativement à l'usage des empreintes génétiques. L'implication des laboratoires ou des experts dans la réalisation des analyses génétiques n'est pas clarifiée. Ce qui visiblement ne peut pas faire face aux problèmes soulevés par l'opérationnalisation du fichier. On note par exemple, l'absence de textes de lois spécifiques et de décrets d'application, qui auraient pu rendre viable et pratique le fichier. Le seul décret disponible est celui relatif à la création de la Police Technique Scientifique mais ce dernier se contente de faire seulement l'inventaire de toutes les unités spécialisées de la police nationale⁸¹, donc il n'est pas spécifique. Ainsi, directement rattachée à la Direction centrale de la police judiciaire, la PTS est chargée des enquêtes criminelles et de la tenue du fichier national. Il s'agit ici non pas du fichier d'empreinte

⁸⁰ Art.395 code du numérique.

⁸¹ Décret n°2016-136 du 17 mars 2016 portant création attributions et fonctionnement des unités spécialisées de la police nationale.

génétique mais du fichier automatisé national d'empreinte digitale (FAED)⁸². Nulle part il n'est fait mention du fichier national automatisé d'empreinte génétique (FNAE) tel que prévu par le code de procédure pénal. Ce qui signifie que la manipulation du test d'ADN n'est pas clairement définie. Contrairement au fichier béninois, les modalités de fonctionnement du fichier français ont été précisées par des décrets d'application⁸³, arrêtés et circulaires (circulaire du garde des sceaux du 10 octobre 2000) lesquels clarifient davantage la mise en œuvre du fichier. Ainsi, faute de textes réglementaires, définissant les modalités d'application desdites lois, cette laborieuse initiative législative demeure inerte car ne pouvant assurer l'effectivité du droit des empreintes génétiques.

Aussi, la quasi-absence d'expertise locale qualifiée en matière d'identification génétique est fortement remarquable dans les différents Etats africains, toute chose qui freine l'élan et l'engouement des tribunaux vers cette solution scientifique pénale. Au Bénin, quelques rares laboratoires privés existent dans le domaine, à l'image de la Société DDC Bénin qui est compétente pour réaliser tout type de tests ADN sur place au Bénin depuis 2014⁸⁴. Mais la voie de la coopération technique ou d'appel d'offre à manifestation d'intérêt avec les pays étrangers ayant une forte expérience dans le domaine est souvent, en cas de besoin sollicitée.⁸⁵ Car, le code du numérique prévoit que « les transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un Etat tiers, sous réserve de réciprocité », ⁸⁶ pourront se faire. Pour preuve, on peut citer l'affaire politico-judiciaire, dite *affaire Dangnivo*. Il s'agit de l'une des rares affaires criminelles d'association de malfaiteurs et d'assassinat, connue par la justice béninoise et fortement médiatisée qui a nécessité le recours à l'usage de l'ADN pour identification de corps pour comparaison d'ADN. La victime est un fonctionnaire du ministère des finances disparu mystérieusement dans la nuit du 17 août 2010. Son corps ou ce qui en tient lieu sera découvert par la suite au domicile du présumé assassin et exhumé le 27 septembre 2010. Le test d'ADN *post-mortem* qui a été ordonnée en 2015 par le juge lors de l'examen du dossier en cour d'assises⁸⁷ afin d'identifier le présumé cadavre, a été réalisé par des experts allemands et français⁸⁸ qui ont conclu que le corps est bien celui du disparu. Cette conclusion n'est pas sans difficultés puisque les avocats de la défense ont sollicité et obtenu de la cour une contre-expertise. La cour d'assises de Cotonou va finalement renvoyer l'affaire *sine die* et le présumé coupable maintenu en détention préventive depuis bientôt 6 ans du fait des incidents de procédure, qui se résument pour l'essentiel, aux saisines multiples de la cour constitutionnelle par les accusés pour exception d'inconstitutionnalité, aux exigences des expertises multiples, et qui ont provoqué le renvoi de la procédure à trois reprises⁸⁹. Il a fallu attendre la décision de la cour constitutionnelle pour qu'enfin, le dossier soit vidé au motif que « depuis plus de quatre années, que le jugement a commencé, aucune décision sur la culpabilité n'est encore intervenue, de sorte que, le droit à être jugé est violé ; en conséquence, dit qu'il y a violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable de l'accusé et de son co-auteur »⁹⁰.

Outre ces questions de fond que soulèvent l'usage de l'ADN, des difficultés de forme liées au respect des règles de procédure interviennent aussi dans le processus de collecte et de prélèvement des empreintes génétiques en amont sous peine de nullité, en application de la

⁸² Art.60 du décret.

⁸³ Dont le décret n° 2000-413 du 18 mai 2000 modifiant le code de procédure pénale et relatif au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques.

⁸⁴ Cf. site : www.ddc-benin.com.

⁸⁵ Art.380 code du numérique.

⁸⁶ *Idem*. Art.409.point 11.

⁸⁷ Le quotidien "La Fraternité" du 22 août 2018, Cour d'assises spéciale de novembre 2015.

⁸⁸ Le quotidien béninois "La nation", n°6036 du 24 juillet 2014.

⁸⁹ DCC-20-029 du 13 janvier 2021.

⁹⁰ *Idem*.

théorie générale des nullités en procédure pénale. Il s'agit par exemple des cas de non-respect des règles de compétence. On a précisé plus haut que l'officier de police scientifique, dans sa mission régalienne de police judiciaire, est compétent pour engager les prélèvements d'empreinte génétique⁹¹. On en déduit de cette disposition qu'un prélèvement réalisé par un agent de police judiciaire sans l'encadrement d'un officier de police judiciaire serait illégal et ainsi irrecevable. C'est le cas aussi des perquisitions domiciliaires.⁹² Elles sont au cours de l'enquête préliminaire bien encadrées et conformément aux dispositions légales⁹³ de sorte qu'une perquisition ne peut commencer qu'entre 6h et 21h, outre les cas nommément spécifiés par la loi. Aussi, toute trace d'ADN prélevée sur les lieux de la commission d'une infraction, ou tout prélèvement effectué sur un suspect au sens de la disposition précitée, pourrait être concerné par ce type de vice de procédure. L'acte de perquisition, serait ainsi annulé⁹⁴. Or, il est constant en doctrine comme en jurisprudence qu'un acte annulé pour perquisition, saisie ou autre, emporte avec lui la nullité de l'ensemble des actes accomplis dans le temps concerné. En droit béninois, c'est la chambre d'accusation qui décide si la nullité doit être limitée à l'acte vicié ou s'étendre à toute la procédure⁹⁵. Seront également annulés corrélativement, les actes qui trouvent leur «support nécessaire»⁹⁶ dans les actes viciés. Ce peut être le cas d'un prélèvement biologique fait lors d'une perquisition illégale ou d'un prélèvement à des fins d'identification génétique dans le cadre d'une garde à vue illégale.

La jurisprudence reconnaît aussi la nullité d'une expertise génétique en raison de son irrégularité formelle. C'est le tribunal qui motive et autorise l'expertise par ordonnance lorsqu'il estime qu'elle est nécessaire. Cette mesure d'information relève du seul pouvoir des magistrats⁹⁷. Le juge peut également, s'il l'estime nécessaire, demander à l'expert de compléter sa mission⁹⁸. L'absence de signature de l'ordonnance est source de nullité⁹⁹. Serait aussi sanctionnée la délivrance d'une mission technique ayant le caractère d'une expertise à un officier de police judiciaire¹⁰⁰. En tout état de cause, l'expertise, comme tous les autres modes de preuve, devra être soumise au principe du contradictoire. C'est pourquoi en cas de doute sur les résultats de l'expertise ou sur leur interprétation, ou si les données qui lui ont été transmises sont peu exploitables, l'expert devrait mentionner ses doutes dans ces conclusions afin d'attirer l'attention du juge et des parties sur les limites de son expertise¹⁰¹. Afin de protéger les expertises contre les demandes de nullité, la jurisprudence admet une distinction subtile entre le prélèvement et l'expertise elle-même¹⁰². Il a en effet été considéré que la mission donnée à l'expert, de prendre possession de produits stupéfiants placés sous scellés et d'en faire des prélèvements, n'entre pas dans la définition de l'expertise dans la mesure où il s'agissait d'effectuer des prélèvements et non de répondre à des questions d'ordre technique. Cette décision est justifiée dès lors que le prélèvement d'échantillons est dissociable de l'expertise toxicologique ultérieurement ordonnée. En vertu de cette solution française, les missions des techniciens chargés du prélèvement et de l'analyse des échantillons d'ADN seront strictement distinguées. Il en résulte que la mission de prélèvement n'est pas soumise au même formalisme

⁹¹ Art. 60 du décret précité organisant la PTS ; art. 20 CPP.

⁹² Art. 50, 53 et 77 CPP.

⁹³ Art. 20 Constitution béninoise du 11 déc. 1990.

⁹⁴ Art. 184, al. 1^{er} CPP.

⁹⁵ Art. 184, al. 3, et 187, al. 2, CPP.

⁹⁶ F. SAINT-PIERRE, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, nov. 2015 (actualisation : juin 2016), § 200.

⁹⁷ Cass. crim., 27 janv. 1999, n° 97-85.176.

⁹⁸ CA, Paris, 9 juill. 1991 : JurisData n° 1991-025060.

⁹⁹ Cass. crim., 19 janv. 1988, n° 87-90.578.

¹⁰⁰ Cass. crim., 20 déc. 1972 : Bull. crim. 1972, n° 395.

¹⁰¹ E. SUPLOT, « Empreintes génétiques en droit pénal. Quelques aspects éthiques et juridiques », in, RSC 4 oct-nov. 2015, p. 827.

¹⁰² J.P. VALAT, JCI, *Procédure pénale*, art. 156 à 169-1-Fasc. 20 : Expertise, § 123.

que la mission d'expertise elle-même qui consiste uniquement à répondre à des questions techniques¹⁰³.

Il est donc théoriquement possible que la recevabilité d'un prélèvement biologique soumis à expertise génétique soit contestée en raison d'une méconnaissance des grands principes de la procédure pénale, mais le contentieux en ce domaine n'apparaît pas très fourni. On pourrait peut-être citer encore *l'affaire Dangnivo*, où l'expertise réalisée a été contestée par la défense, la contre expertise ordonnée aux frais de la famille de la victime, n'a pu être réalisée et l'affaire renvoyée *sine die pour des questions préjudicielles*¹⁰⁴.

2. Les limites liées aux droits fondamentaux

L'identification par empreinte génétique d'une personne présumée coupable peut être source d'atteinte à l'éthique et aux droits fondamentaux de cette personne. C'est un instrument facilitateur d'invasion de la vie privée et d'atteinte aux droits de la personne.

a) *Le droit au respect de la vie privée et à l'intégrité corporelle*

Le droit au respect de la vie privée est une valeur fondamentale de la personne humaine garantie par le droit interne et surtout par les instruments internationaux. Que ça soit au plan interne ou au plan international, la Constitution béninoise¹⁰⁵, le code pénal¹⁰⁶, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁰⁷, le code du numérique, la Déclaration universelle des droits de l'homme (déc.1948); le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (déc. 1966) ; l'Acte additionnel de la CEDEAO¹⁰⁸ etc. Tous ces instruments juridiques concordent pour reconnaître « à chaque personne le droit au respect de sa vie privée ». Le code numérique clarifie davantage en précisant que: « Les dispositions du présent Livre ont pour objectif de mettre en place un cadre légal de protection de la vie privée et professionnelle consécutif à la collecte, au traitement, à la transmission, au stockage et à l'usage des données à caractère personnel »¹⁰⁹. Ce qui suppose que le prélèvement du profil ADN en vue de l'identification d'une personne quelconque même pour cause criminelle, « ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ».¹¹⁰

Au regard de ce développement qui fait une place de choix au respect de la vie privée, la question que l'on pourrait se poser est de savoir dans quelle mesure l'identification des empreintes génétiques porterait-elle atteinte à cette vie privée? Autrement dit comment prélever l'ADN d'un suspect sans s'immiscer dans sa vie privée? A cette préoccupation, certains auteurs affirment qu'au stade de la collecte des échantillons, sur les lieux du crime, sur la victime ou sur le suspect, même au moment de la réalisation d'une empreinte génétique, il n'y a pas encore atteinte à la vie privée.¹¹¹ Pour ces auteurs, l'atteinte à la vie privée apparaît lorsque les échantillons prélevés sont identifiés et les résultats de l'analyse sont connus. C'est à ce stade que les inquiétudes commencent. Elles résident en ceci qu'il est à craindre que l'utilisation des tests d'ADN ne dévoile des informations sur la personne qu'il ne serait nécessaire. Même si, le législateur étant prévoyant a précisé bien que les analyses effectuées dans le cadre d'une enquête

¹⁰³ Art.174 CPP.

¹⁰⁴ DCC-20-029 du 13 janvier 2021.

¹⁰⁵ Constitution du 11 déc.1990, art.8 et 15.

¹⁰⁶ Art.608.

¹⁰⁷ Adopté en 1981 et ratifié par le Bénin le 20 janv. 1986.

¹⁰⁸ Cf. note *supra*, n°7.

¹⁰⁹ Art.379 code numérique.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ J. POUSSON-PETIT, (dir), op. cit., p 480.

criminelle ne porte que sur les aspects « non codant »¹¹² de la molécule d'ADN ; il est for à parier que dès que l'information sort, elle est difficilement maîtrisable. La police elle même peut être tentée d'utiliser les échantillons à d'autres fins qu'une simple identification¹¹³ et par conséquent elle sera détentrice de l'ADN codant de l'individu. Dans tous les cas, pour être en harmonie avec les textes, il en découle une conséquence que toute analyse portant sur des segments codants de l'ADN, devrait à notre sens, être refusée, dans la mesure où la recherche de la vérité ne peut primer dans ce cas sur le droit de l'individu à ne pas voir des données très intimes le concernant utilisées dans le cadre de la procédure pénale. C'est pourquoi, entre autres garanties de protection du prévenu, l'information génétique qui résulte du test d'ADN se trouve sous la protection des textes qui garantissent l'intégrité corporelle quant à l'utilisation des données à caractère personnel.

En effet, l'intégrité du corps humain désigne la nécessité de préserver celui-ci de toute altération essentielle, en le protégeant dans sa substance et dans son intimité fondamentale¹¹⁴. C'est pourquoi les défenseurs des libertés s'opposent à l'utilisation de la technique des empreintes génétiques en invoquant l'intrusion qu'elle comporte dans l'intimité de la personne suspectée. La personne humaine est sacrée et inviolable¹¹⁵. Le droit à l'intégrité corporelle est généralement invoqué dans le cas où une personne aurait subi des violences, des coups sur le corps. C'est de ce principe de l'inviolabilité du corps humain que découlent, en droit pénal, les infractions contre les personnes (homicide, coups et blessures ...). L'analyse génétique peut s'effectuer à partir du sang, du sperme, du cheveu, ou de tout autre tissu cellulaire, ces éléments font partis du corps de l'individu ; l'obtention d'un échantillon cellulaire implique donc qu'une atteinte soit portée au corps du prévenu. C'est le cas lorsqu'il s'agit du prélèvement de l'échantillon de comparaison. La question se pose dès lors de savoir s'il y a violation ou non du droit à l'intégrité corporelle du suspect. A cette question de sécurité publique, les avis sont partagés. Ici, il n'est pas sans intérêt de scruter les solutions des droits étrangers.

Le Tribunal fédéral suisse, dans un arrêt récent, a estimé que le frottis de la muqueuse jugale¹¹⁶, fréquemment utilisé afin d'établir le profil d'ADN, ne constituait qu'une atteinte légère au droit à la protection de l'intégrité corporelle¹¹⁷. Le même Tribunal a jugé qu'il n'était pas contraire à la liberté personnelle de soumettre à une prise de sang et à une analyse d'ADN une personne soupçonnée d'avoir commis de graves délits sexuels¹¹⁸. Dans le même ordre d'idée, pour une certaine doctrine, il ne saurait y avoir d'atteinte à l'intégrité physique lorsqu'on prélève l'échantillon de base car celui-ci, prélevé sur les lieux du crime, est détaché de la personne, et il pourra être saisi au besoin sans contrainte par les enquêteurs. Il en sera de même « si vous vous faites couper les cheveux, vous laissez derrière vous un peu de votre ADN. Dans la mesure où ce dernier a été abandonné, il n'y a pas d'empiètement sur votre intimité si quelqu'un le récupère.»¹¹⁹

A l'inverse de cette première thèse, les tenants de la seconde estiment que l'analyse à partir du sang, ou du sperme nécessite une intrusion plus importante dans l'intimité de la personne. Pour cette thèse, même si l'atteinte portée au corps du prévenu, lors du prélèvement d'un

¹¹² La partie de l'ADN dite « codante » permet d'obtenir des informations sur la santé de l'intéressé : malformation génétique, prédisposition à telle maladie. Elle est responsable des caractères physiques de l'individu, il représente 10 à 20% de son ADN nucléaire. L'ADN « non codant » (cf. art.825 al.8 CPP) est utilisé pour l'identification, il donne une image de notre singularité par la mise en exergue des polymorphismes situés sur la molécule d'ADN.

¹¹³ J. POUSSON-PETIT, (dir), *op. cit.*, p.481.

¹¹⁴ S.GUINCHARD et T.DEBARD, *op. cit.* p.518.

¹¹⁵ Art 8 constitution béninoise du 11 déc.1990.

¹¹⁶ Frottement effectué au moyen d'un bâtonnet d'ouate sur la paroi interne de la joue.

¹¹⁷ S.ROHMER, *op. cit.*, p.66 ; ATF 128 II 259, 269 consid. 3.3, JdT 2003 I 411, 420.

¹¹⁸ S.ROHMER, *op. cit.*, p.66 ; ATF 124 I 80, 81-82, SJ 2002 531-532.

¹¹⁹ B. JORDAN, *La séquence... et après ?* Med Sci (Paris) 2010 ; 26 : 655-658. [CrossRef] [EDP Sciences] [PubMed]

échantillon biologique, est bénigne, celui-ci a droit à une protection¹²⁰. Car, « l'atteinte à l'intégrité corporelle est matériellement minime au regard de l'échantillon prélevé mais hautement symbolique, le prélèvement qui sera utilisé pour accéder au code génétique qui identifie l'individu »¹²¹.

L'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques français abonde dans le même sens que les tenants de la deuxième thèse, estime, quant à lui, que tout prélèvement génétique constitue bien « une atteinte au corps humain que le droit proscrit en vertu du principe de l'inviolabilité de la personne (...) seul un juge, après s'être assuré du consentement de l'intéressé, doit pouvoir ordonner, d'office ou à la demande des parties au procès, un examen génétique »¹²². Mais un prélèvement physique qui serait réalisé par la force constituerait une atteinte au principe d'inviolabilité du corps humain et pourrait être qualifié de traitement inhumain ou dégradant¹²³ pour être en harmonie avec les principes généraux du droit garantissant l'inviolabilité du corps humain¹²⁴.

Alors, une lecture combinée de ces différentes thèses, nous fait remarquer que l'atteinte peut être de différente intensité. L'analyse génétique peut être réalisée à partir d'un cheveu, or le prélèvement d'un échantillon de cheveu ne constitue pas encore une atteinte importante dans l'intimité de la personne. Dans le cadre d'un procès, il serait préférable de mettre en balance les intérêts en présence, celui de la société et celui du prévenu. L'équilibre entre ces deux n'est pas souvent chose facile à trouver. Mais pour la plupart des législations le choix est facile : l'intérêt public ou de la société est privilégié. Faut-il sauvegarder les droits fondamentaux de la personne humaine au risque de sacrifier la preuve scientifique ? A cette sollicitude, l'on peut affirmer que le droit à l'inviolabilité de son corps est un principe bien reconnu par les lois nationales et les textes internationaux. Mais il faut relativiser, ce principe n'est pas absolu dans la mesure où la recherche de la vérité dans le cadre d'une procédure pénale, pourrait justifier l'atteinte parfois à l'inviolabilité corporelle du suspect.

Néanmoins, si l'atteinte à la vie privée et à l'intégrité corporelle lors d'un prélèvement d'ADN est ainsi considérée comme juridiquement acceptable, éthiquement il s'agit à notre sens de choisir la méthode qui y porte le moins atteinte. Ainsi, dès lors que le prélèvement buccal s'avère possible, la prise de sang devrait être exclue. Il peut même arriver que le suspect ne coopère pas et se mue dans un silence.

b) Le droit au silence

Le refus du prélèvement ou de se soumettre au test d'ADN s'inscrit dans la logique de jouissance de son droit au silence, qui est aussi un droit fondamental. C'est un principe général de droit, notamment le principe *nemo tenetur se ipsum* « personne n'est tenu d'apporter des preuves contre soi-même ». Il est aussi consacré par plusieurs textes internationaux¹²⁵ : « toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes (...) à ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou à reconnaître ses fautes »¹²⁶.

La conséquence logique de ce principe est qu'il pourrait constituer un obstacle à l'utilisation du test d'ADN dans la mesure où le suspect peut s'opposer au prélèvement. Alors, en cas de refus de ce dernier est ce que la police peut utiliser la force quant on sait que le prélèvement

¹²⁰ J.C. GALLOUX, *L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?*, JCP., 1991, 3497.

¹²¹ *Idem*.

¹²² S. RÖHMER, *op. cit.*, p.66.

¹²³ CRIM 2000 08 F1/10-10-2000, NOR : JUSD0030172C, 10 oct.2010, site : justice.gouv.fr.

¹²⁴ R. MERLE, *Le corps humain, la justice pénale et les experts*, JCP 1955, I. 1219, n°6.

¹²⁵ Convention européenne des droits de l'homme, art.3 ; Le pacte international des droits civils et politiques, (1966)

¹²⁶ Le Pacte international des droits civils et politiques, 14.3 §

forcé n'est pas admis? La jurisprudence européenne rappelle à cet effet que « lorsqu'un individu se trouve confronté à la police, l'utilisation à son égard d'une force physique qui ne serait pas rendue nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe une violation de l'article 3 »¹²⁷. Une telle preuve génétique obtenue par un prélèvement forcé devrait donc être écartée. En revanche, il est à noter que les ascendants ou les descendants peuvent toujours refuser le prélèvement demandé dans le cadre de la recherche d'une personne disparue¹²⁸ en gardant le silence. Les simples témoins peuvent aussi refuser les prélèvements prévus à l'article 55-1 du code de procédure pénale sans encourir une sanction¹²⁹. La sanction du refus du mis en cause ou du condamné a pu être considérée par certains comme une violation du droit de ne pas s'auto-incriminer, ce qui n'est pas admis par le droit positif. Ce droit est considéré comme une composante du « noyau dur des garanties de l'article 6 »¹³⁰ de la Convention européenne qui fournit le cadre du droit au procès équitable. En droit français, il est essentiellement entendu comme un droit au silence de la personne mise en cause dans la procédure pénale ou, plus spécifiquement, un droit de choisir entre répondre aux questions posées dans le cadre de la procédure ou se taire¹³¹.

Comme l'a confirmé la Cour européenne des droits de l'homme, le droit de ne pas s'auto-incriminer ne s'étend donc pas à la possibilité de refuser un relevé d'empreintes génétiques. Elle souligne que le droit de se taire « ne s'étend pas à l'usage de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des moyens coercitifs mais qui existe indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les prélèvements de sang, d'urine ainsi que les tissus corporels en vue d'une analyse d'ADN¹³² ». Pour la doctrine, il est de *communis opinio* que le principe *nemo tenetur* n'est applicable qu'aux déclarations orales et non aux moyens coercitifs de la procédure pénale, qui ne sont pas destinés à faire déclarer le suspect¹³³.

Cependant, selon certains auteurs, le principe *nemo tenetur* pourrait s'appliquer en cas de prélèvement biologique. Le prévenu a la maîtrise de son corps, celui-ci peut révéler certaines informations, par conséquent l'individu a le droit de refuser de fournir un élément de son corps¹³⁴. Par contre dans la pratique, il semblerait que ce droit soit devenu illusoire par le seul fait que psychologiquement, le refus d'explication acquiert une valeur d'aveu, ou tout le moins le signe d'une volonté de cacher une vérité que l'on ose révéler¹³⁵. D'où toute l'importance de parler et de donner son consentement.

B) DES LIMITES LIEES AU CONSENTEMENT

L'identification du profil génétique d'une personne suspecte, comme nous l'avons précisée, pour être réalisée nécessite la comparaison entre deux échantillons : l'échantillon de base et l'échantillon de comparaison. C'est au moment du prélèvement de l'échantillon de comparaison sur le corps du suspect, que l'on se heurte au principe de l'inviolabilité du corps humain. Ce qui suppose que le consentement de l'intéressé est nécessaire, voire obligatoire avant tout prélèvement mais pas absolue.

¹²⁷ CEDH, 12 octobre 2010, *Karatepe c. Turquie*, n° 20502/05.

¹²⁸ Art. 74-1 CPP et 80-4 CPP français. Voir aussi le cas de l'affaire Dangnivo où les parents de la victime ont refusé tout prélèvement dans le cadre de la disparition de ce dernier.

¹²⁹ T. GAMBIER, « La défense des droits de la personne dans la recherche des preuves en procédure pénale française », *Dr. pén.* 1992. Chron. 66 spec. n°13.

¹³⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure Pénale*, 9ème éd., Litec, Paris, 2013, § 605.

¹³¹ En vertu de l'article 63-1 3° du code de procédure pénale, toute personne placée en garde à vue est informée du fait qu'elle bénéficie « du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ».

¹³² Arr. Saunders c. Royaume-Uni, 17 déc. 1996, Rec.96-IV, n°4 p. 2044 ; Crim. 4 mai 2008, RSC 2008, 930, obs. Finielz.

¹³³ P.J.P. TAK et G. VAN EIKMA HOMMES, « Test d'ADN et procédure pénale en Europe », *Rev. Sc. Crim.*, oct. – Déc. 1993, p.685.

¹³⁴ R. MERLE, « le corps humain, la justice pénale et les experts », *semaine juridique*, 1955, 1219.

¹³⁵ J. POUSSON-PETIT, (dir), *op. cit.*, p 490.

1. La nécessité du respect de la volonté du suspect

La question se pose de savoir si le prévenu doit consentir au prélèvement de tissus corporels pour le test d'ADN. Au regard du respect des droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés fondamentales, notamment le droit au respect de la vie privée et du principe de l'inviolabilité du corps humain, on n'est tenté de répondre par l'affirmative. Le prévenu, avant tout prélèvement sur son corps, en vue d'une analyse d'ADN, doit au préalable donner son consentement par principe.

En droit béninois, les articles précédemment cités du code de procédure pénale qui abordent la question, sont muets quant aux conditions de validité du consentement. Mais la loi portant code du numérique donne un peu plus de clarté à cet égard en précisant que « le traitement des données à caractère personnel est considéré comme légitimé si la personne concernée donne son consentement »¹³⁶. Toutefois, elle relativise en précisant qu'il peut être dérogé à cette exigence du consentement lorsque « le traitement est nécessaire »¹³⁷. Comme le soulignent si bien les auteurs DELEURY et GOUBAU, « le consentement est la pierre angulaire de toutes les dispositions législatives relatives à l'utilisation et à la disposition du corps humain; c'est lui qui vient légitimer et qui, partant, rend licite l'atteinte portée au corps »¹³⁸.

La solution française s'inscrit dans la même logique. Elle est influencée par l'article 16-11 du Code civil qui énonce clairement les conditions dans lesquelles une identification génétique est possible en disposant que : « L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que : (1) dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; (2) à des fins médicales ou de recherche scientifique ; (3) aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées ». L'article précise par la suite que « le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à la réalisation de l'étude ». Ainsi, l'on se fonde sur cette disposition du code civil pour rendre le consentement du suspect obligatoire en droit pénal puisse qu'on peut dire que ce texte pose un principe général contre toute atteinte à l'intégrité physique. Notamment, le premier alinéa dont la rédaction, très générale, fait état de mesures d'instruction et, sans limitation, de procédure judiciaire, tombe dans le domaine du pénal.

Dès lors, la réalisation d'une empreinte génétique en matière pénale devrait être soumise au consentement préalable de l'intéressé¹³⁹. C'est dans ce sillage que lors d'une instruction sur un homicide suivi de viol d'une mineure anglaise de 15 ans, Caroline DICKINSON, la cour d'appel de Rennes a ordonné par un arrêt du 14 août 1997 que « les prélèvements de sang et de salive soient systématiquement effectués avec l'accord préalable des intéressés, sur tous les habitants du sexe masculin d'âge adulte de la commune de Plaine Fougère ».

Cependant, dans le feu de l'action, il arrive que les autorités de poursuite passent outre la volonté du suspect qui refuse de coopérer, en procédant par la force ou en sortant du cadre légal du prélèvement. Nous évoquons le cas de l'obtention violente d'un produit du corps ou d'un produit ingéré dans le corps. On donnera l'exemple de l'affaire¹⁴⁰ portant sur un petit trafiquant de drogue qui avait avalé un sachet de drogue au moment de son arrestation. Niant l'évidence et refusant de prendre un vomitif à la demande des policiers, il fut immobilisé par ces derniers tandis qu'un médecin appelé en urgence lui posait une sonde gastrique par laquelle passait un produit vomitif. La Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée à juste titre sévère. Il

¹³⁶ Art. 389 code du numérique.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ E. DELEURY et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 3e éd., 2002, n° 95, p. 104 [Deleury et Goubau, « Droit »].

¹³⁹ J. POUSSON-PETIT, (dir), *op. cit.*, p 489.

¹⁴⁰ Jalloh c. Allemagne n° 8378/78, 13 décembre 1979.

est utile, semble-t-il, d'en rappeler l'attendu essentiel: « Les autorités ont porté gravement atteinte à l'intégrité physique et mentale du requérant, contre son gré. Elles l'ont forcé à vomir, non pas pour des raisons thérapeutiques, mais pour recueillir des éléments de preuve qu'elles auraient également pu obtenir par des méthodes moins intrusives. La façon dont la mesure litigieuse a été exécutée était de nature à inspirer au requérant des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à l'humilier et à l'avilir (...)»¹⁴¹ Pour l'Union Européenne, la règle est simple : « Un test génétique ne peut être pratiqué qu'après que la personne y a donné son consentement libre et éclairé »¹⁴².

2. La liberté relative de consentir au prélèvement

Le suspect ou l'intéressé objet du prélèvement peut refuser le prélèvement comme nous l'avons dit. Mais en cas de refus de se prêter à cette opération, il peut se voir contraindre de le faire. Mais cette contrainte doit être légale ou judiciaire tout en respectant les textes internationaux en matière de droits de l'homme comme la déclaration de l'UNESCO qui précise que les limitations aux principes du consentement et de la confidentialité ne peuvent être apportées que par la loi nationale en conformité au droit international des droits de l'homme.¹⁴³

Ainsi, le prélèvement peut s'avérer nécessaire, donc obligatoire ou légal s'il est effectué sur une personne à l'encontre de laquelle il existe « une » ou « plusieurs raisons plausibles de soupçonner » qu'elle a commis l'infraction. C'est pourquoi, le code de procédure pénale prévoit qu'à peine de nullité, le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe de telles indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou comme complices, à la commission des infractions dont il est saisi¹⁴⁴. Il en sera de même si la personne a été condamnée pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement au moins, son accord n'est pas nécessaire¹⁴⁵. Autrement dit, son consentement ne compte plus dans ces cas.

Au Bénin, sur le fondement de la loi¹⁴⁶, les prélèvements de masse ou forcés sont implicitement prévus, comme d'ailleurs en droit français¹⁴⁷. Ils sont soit prévus par le législateur soit ordonnés par le juge. C'est aussi par exemple le cas en Grande Bretagne, « si l'intéressé refuse, le juge peut rendre une ordonnance pour lui faire subir un prélèvement de sang, voire à l'aide de la force publique. L'ordre ne peut être donné que lorsqu'il existe des soupçons sérieux et bien fondés contre lui et uniquement au cas où l'examen s'avérerait indispensable pour la recherche de la vérité »¹⁴⁸.

C'est pourquoi, dans l'affaire du viol commis au lycée de *La Rochelle*, un individu avait pu refuser de se soumettre au test¹⁴⁹. Si le test peut parfois donner la quasi-certitude de la présence d'un individu sur le lieu d'un crime, cela ne signifie pas nécessairement qu'il en est l'auteur¹⁵⁰. En effet, une personne peut avoir laissé de la salive sur un verre laissé sur la scène du crime, par exemple, sans pour autant avoir commis ce dernier. Il en sera de même de l'ADN transportable.

¹⁴¹ N° 43/1994/490/572, CEDH 1996-VI. Déjà l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait estimé que l'ingérence constituée par un prélèvement corporel obligatoire peut être justifiée dès lors qu'elle est prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but recherché, Commission européenne des droits de l'homme.

¹⁴² Règlement de l'UE 2016/679.

¹⁴³ Art. 9 Déclaration de l'UNESCO.

¹⁴⁴ Art.824, al.2 CPP.

¹⁴⁵ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*. ECONOMICA 2009, Paris, p.1463.

¹⁴⁶ Art. 824 al.2.CPP.

¹⁴⁷ Art. 706-54 al.3 CPP.

¹⁴⁸ Art.195, §§ 4 et 6 code de procédure pénale.

¹⁴⁹ S. ROHMER, op., cit.p.66 , ATF 124 I 80, 81-82, SJ 2002 531-532.

¹⁵⁰ C. FRIEDRICH, op.,cit.,p.127.

Un mégot de cigarette peut être déplacé, et sa présence sur la scène d'infraction ne signifie pas que celui qui l'a fumé était présent sur les lieux au moment des faits¹⁵¹.

Une autre approche de solution coercitive consiste à prévoir dans la législation en cas de refus de se faire prélever quelque échantillon, des sanctions pénales. Ainsi, en France, le refus de se soumettre au prélèvement de données génétiques « est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende »¹⁵², dans la mesure où ce refus, même légitime s'interprète très souvent contre celui qui s'oppose et s'analyse comme un défaut de collaboration¹⁵³. Il se dégage, somme toute, que la liberté de consentir de l'individu, semble très limitée.

CONCLUSION

Au terme de nos travaux de recherches, il semble utile de préciser que l'avènement de l'empreinte génétique est une avancée indéniable pour le droit de la procédure pénale, dans l'identification des criminels. Les empreintes génétiques, dans leurs applications judiciaires et particulièrement pénale, en terme de fiabilité, comparativement aux autres preuves classiques, s'avèrent nettement positif. Qu'il s'agisse des modes de prélèvement, des techniques d'analyse, de l'équipement des laboratoires ou de la qualification des experts, rien ne devrait permettre de mettre en doute la validité d'un dispositif qui met à la disposition des juges, des outils d'investigation efficace.

Cependant, au-delà de cette réalité théorique, le besoin de savoir, d'identifier l'autre ne peut pas se faire n'importe comment ni dans n'importe quelles conditions. C'est pourquoi un encadrement législatif et réglementaire avec des exigences claires et précises devrait être mis en place pour faciliter la manipulation de ce précieux outil qu'est l'ADN. Son usage au profit de la justice pénale, doit être mis en balance avec le respect des droits fondamentaux de la personne humaine et de l'éthique à toutes les étapes de la procédure. Les tests génétiques ne sauraient donc être considérés comme l'arme absolue de la criminalistique. Ces outils sophistiqués, dont l'extrême sensibilité impose de strictes précautions d'usage, doivent être associés aux méthodes traditionnelles d'enquête pour la constitution du faisceau de preuves qui permettra d'établir la vérité afin d'éviter que l'empreinte génétique sans conscience n'apparaisse comme une ruine de la justice.

Le Bénin, au regard de sa législation est sur la trajectoire mais le chemin pour rendre opérationnel une police scientifique digne de ce nom, est encore long. En effet, lors de la cérémonie en honneur au coopérant français, spécialiste en police technique et scientifique, en fin de mission de formation, le Directeur Général de la Police Républicaine s'interrogeait en ces termes : « peut-on combattre efficacement le crime sans une Police Technique et Scientifique digne de nom ? »¹⁵⁴. Cette seule interrogation en dit long sur l'état d'âme de la police scientifique au Bénin.

¹⁵¹ O.PASCAL, « Empreintes génétiques au service de la justice », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 9 | 2019, 3943.

¹⁵² F.DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *op.cit.*, Paris, p.1454.

¹⁵³ J. POUSSON-PETIT, *Empreintes génétiques et filiation : les discordances et les incohérences juridiques*, in, *L'identité de la personne. Etude de droit français et de droit comparé* ; *op.cit.* p.450.

¹⁵⁴ site : www.dgpr.bj consulté en août 2021.