

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

Université Fédérale



Toulouse Midi-Pyrénées

THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :
L'Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Présentée et soutenue par
M. MARC SZTULMAN
le 10 décembre 2015

Titre :
Biométrie et libertés
Contribution à l'étude de l'identification des personnes

École doctorale et discipline ou spécialité :

*Sciences juridiques et politiques (SJP)
Spécialité droit public*

Unité de recherche :

Institut Maurice Hauriou (IMH - EA 4657)

Directeur de thèse :

M. XAVIER BIOY,

Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole

Jury :

Mme VERONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS,

Professeure à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense (Rapporteuse)

M. PIERRE EGEA,

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

M. JEAN-PIERRE MARGUENAUD,

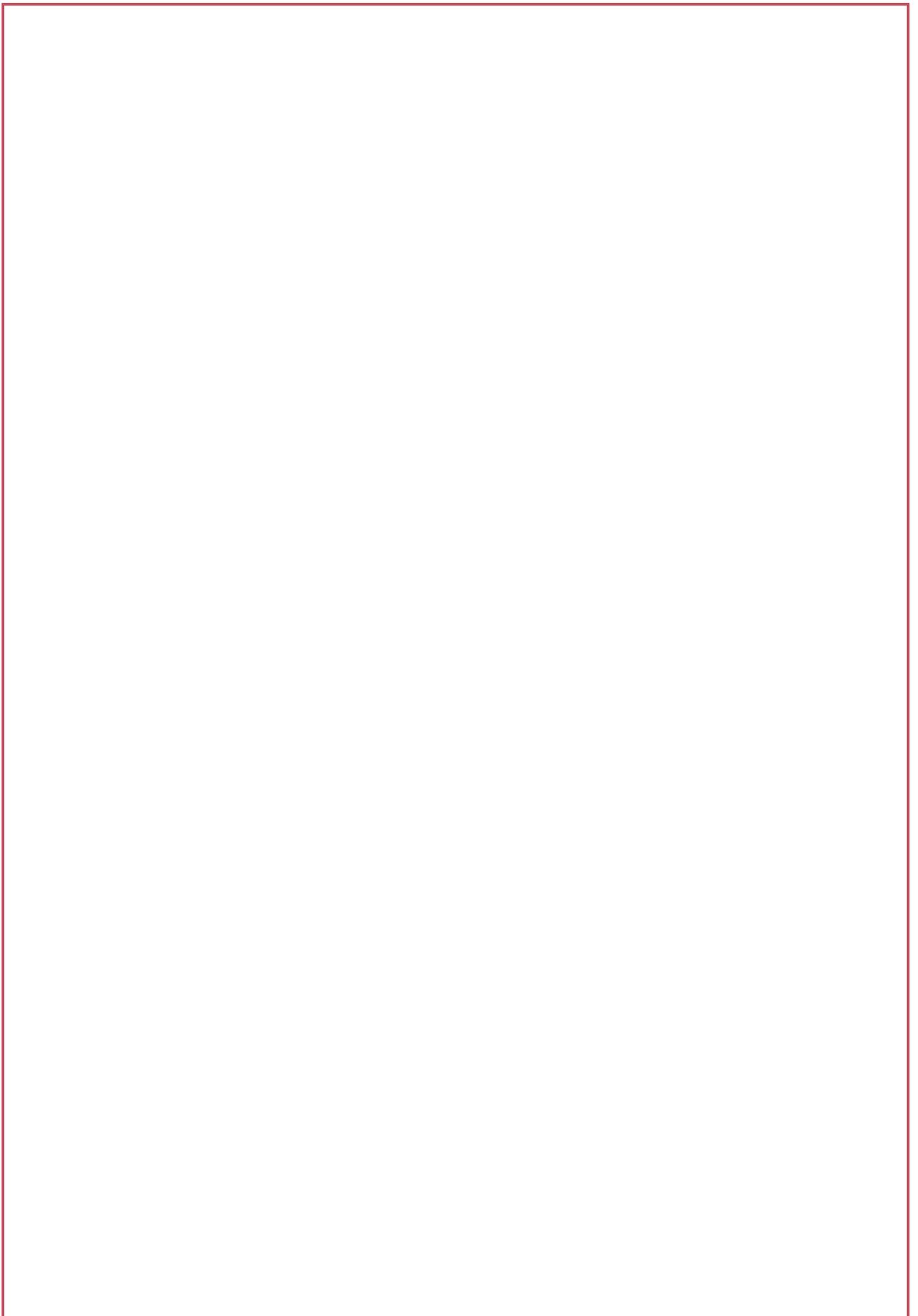
Professeur à l'Université de Limoges

M. BERTRAND MATHIEU,

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I (Rapporteur)

M. PIERRE PIAZZA,

Maître de conférences en sciences politiques à l'Université de Cergy-Pontoise



L'Université Toulouse Capitole n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

Derrière la figure imposée que constituent ces remerciements se trouve un véritable attachement de l'auteur aux personnes citées.

Tout d'abord, mes plus sincères remerciements s'adressent à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur X. BIOY pour sa confiance, sa patience et surtout pour sa bienveillance.

Mes remerciements s'adressent ensuite au Professeur G. KALFLECHE, à Nathalie LAVAL MADER et Julia SHMITZ pour leurs conseils, et leurs encouragements.

A mes parents, à ma famille et plus particulièrement à Georges, Alex et Yohan , preuves vivantes que la génétique ne fait pas tout...

Mais cette thèse n'aurait jamais vu le jour sans les personnes qui par leur aide et leur amitié m'ont sans cesse poussé. Frédéric B., Maxime B., Marc C., Thibault C., Romain V,... Votre tour viendra.

Ces remerciements auraient été incomplets, sans remercier Charlotte H, intimement liée a ce travail, qui est peut-être aussi un peu le sien.

Enfin, toute ma gratitude va aux personnes qui à différents moments de ma vie m'ont fait confiance : Arié B., Claude R., Frank T. et Nicole Y.

Liste des principales abréviations

ADN	acide désoxyribonucléique
AJDA	actualité juridique droit administratif
AJ pénal	L'Actualité juridique : Pénal
APD	Archives de philosophie du droit
Bull.	Bulletin de la Cour de cassation
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
c/ ou c.	contre
Cass.	Cour de cassation
Cass., Ass. plén.	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
Cass., civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass., com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass., crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass., soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCNE	Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
CE	Conseil d'État
CE, Ass.	Conseil d'État, Assemblée du contentieux
CE, Sect.	Conseil d'État, Section du contentieux
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Comm. EDH	Commission européenne des Droits de l'Homme
CCE	Communication Commerce Électronique
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Coord.	Coordonné par
Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
DA	Droit administratif
EDVIGE	Exploitation documentaire et valorisation de l'information générale
EUROJUST	Unité de coopération judiciaire de l'Union Européenne
EUROPOL	Office européen de police
Fasc.	Fascicule
FNAEG	Fichier national automatisé des empreintes génétiques
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Jcl Dr. Int.	Jurisclasseur droit international
JCP	La Semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition générale
JCP A	La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales
JDI	Journal du droit international (Clunet), « Journal du droit international privé » jusqu'en 1914
JO	Journal officiel de la République française
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne

LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
n.	note
NIR	Numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques
NTIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
p.	page
Préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDT	Revue de droit du travail
Rec.	Recueil
Rec. Dalloz	Recueil Dalloz
Rééd.	Réédition
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue générale de droit international public
RNIS	Réseau numérique avec intégration de service
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RILS	Revue internationale de législation sanitaire
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
SIS	Système d'information Schengen
SPS	Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires
STIC	Système de traitement des infractions constatées
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication
t.	tome
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TIC	Technologies de l'information et de la communication
TUE	Traité sur l'Union européenne
VIS	Système d'information sur les visas
Vol.	volume

SOMMAIRE

SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	15
PARTIE I. LA RECHERCHE DE LA PREUVE DE L'IDENTITE PAR LA BIOMETRIE.....	71
TITRE I. LE CORPS COMME SUPPORT DES DONNEES BIOMETRIQUES	74
<i>Chapitre 1. Les conceptions juridiques du corps pertinentes pour la biométrie.....</i>	<i>77</i>
Section 1. Le corps comme sujet : postulat de la biométrie.....	86
Section 2. Le corps comme objets : une limite pour la biométrie.....	112
<i>Chapitre 2. L'identité corporelle.....</i>	<i>152</i>
Section 1. L'identité corporelle substantielle.....	160
Section 2. L'identité matérielle : la donnée à caractère personnel.....	188
TITRE 2 : L'ARTICULATION ENTRE LES TRAITEMENTS BIOMETRIQUES ET L'ETAT CIVIL.....	231
<i>Chapitre 1. Les concepts de bases de données.....</i>	<i>234</i>
Section 1. Le régime juridique des bases de données.....	237
Section 2. Une base de données fondamentale et exceptionnelle : l'état civil.....	259
<i>Chapitre 2. L'utilisation de la biométrie dans les preuves de l'identité.....</i>	<i>287</i>
Section 1. La mise en place des preuves de l'identité.....	288
Section 2. La mise en œuvre des preuves d'identité biométrique.....	316
PARTIE 2. LA RECHERCHE D'UNE IDENTITE PAR LA BIOMETRIE.....	343
TITRE 1. LA BIOMETRIE COMME FONDEMENT DE L'IDENTITE.....	345
<i>Chapitre 1. La recherche d'une identification corporelle autonome.....</i>	<i>352</i>
Section 1. La recherche du récidiviste : fonction classique de l'identification judiciaire.....	357
Section 2. La recherche du primo délinquant : nouvelle fonction de l'identification judiciaire.....	380
<i>Chapitre 2. L'identification par l'empreinte génétique.....</i>	<i>413</i>
Section 1. Une mise en place progressive (ante 1998).....	420
Section 2. Une évolution juridique (post 1998) : la théorie des cercles concentriques.....	435
TITRE 2. LA BIOMETRIE COMME FONDEMENT DE LA LOCALISATION.....	452
<i>Chapitre 1. La localisation des personnes physiques à l'entrée du territoire national.....</i>	<i>453</i>
Section 1. L'émergence d'une base de données biométrique pour contrôler les frontières.....	459
Section 2. Les évolutions de cette localisation.....	481
<i>Chapitre 2. La localisation des personnes physiques sur le territoire national.....</i>	<i>492</i>
Section 1. La localisation des personnes physiques dans l'espace public.....	496
Section 2. L'appréhension juridique de la localisation biométrique.....	523
CONCLUSION GENERALE.....	547
TABLE DES MATIERES.....	552
INDEX RERUM	556
INDEX DES AUTEURS	561
INDEX DES PRINCIPALES JURISPRUDENCES.....	568
BIBLIOGRAPHIE	577

Au fil rouge,
A D. K.,

*« Il y a un danger terrible à savoir ce qui est possible
car l'esprit va toujours plus loin. »*
A. MUSSET, *Confession d'un enfant du siècle*.

« Il n'y a rien de plus mystérieux que l'épaisseur d'un corps. »
E. CIORAN, *Ecartèlement*.

*« L'homme est la mesure de toutes choses,
de celles qui existent et de leur nature ;
de celles qui ne sont pas
et de l'explication de leur non-existence » .*
Attribuée à PROTAGORAS.

Introduction

*« Euryklée, s'approchant de son roi, lava ses pieds,
et aussitôt elle reconnut la cicatrice de la blessure
qu'un sanglier lui avait faite autrefois de ses blanches dents
sur le Parnètos »*

HOMERE, *Odyssée*, Chant XIX

1. Qu'est-ce que la biométrie ? Le poète répond à cette interrogation : rentrant déguisé en mendiant dans son palais, ULYSSE est démasqué par sa nourrice à cause d'une caractéristique corporelle. Dès lors, l'identification d'un individu, la découverte de son identité cachée, sa discrimination parmi la masse informe des prétendants n'est ni le fait d'une déclaration d'ULYSSE qui se prétend alors mendiant, ni le fait de son aspect, mais bien le fait du corps qui permet de l'identifier malgré ce qu'il paraît, ou proclame, être. Désormais, le masque de la personne est tombé ; la biométrie entendue comme une technique permettant d'identifier une personne à partir d'un ou de plusieurs de ses caractères biologiques permet de substituer à la volonté identitaire de l'individu ou du groupe une identité propre, indélébile, inaliénable et imprescriptible.

2. Néanmoins, avant de partir plus en avant dans les interrogations sur la biométrie, quelques précisions épistémologiques sont nécessaires, afin d'explicitier tant les présupposés que la méthode de ce travail.

Choix épistémologique. Le point de vue retenu dans ce travail peut être considéré à la suite de F. OST¹ comme « externe modéré ». Car trois possibilités s'offrent au commentateur des phénomènes juridiques. La première s'articule autour d'un point de vue interne au droit. Reprenant les catégories et les objets posés par le jurislatureur, l'observateur cherche à reproduire et rationaliser « *le discours que certains acteurs tiennent sur le droit* »². Dans cette perspective, aucune rupture qu'elle soit épistémologique ou axiologique n'existe entre l'acteur et le commentateur. Dans cette dogmatique juridique, seuls les concepts mobilisés par l'acteur pourraient être considérés comme une base de travail pour le commentateur. Ce point de vue interne n'a pas été choisi puisque, outre ses travers, il ne peut logiquement s'appliquer à un objet qui n'est pas prévu en tant que tel dans le droit positif.

À l'opposé de cette conception, se trouve le point de vue externe qui se base sur une défiance vis-à-vis du discours des acteurs au profit d'une systématisation à prétention scientifique et constitue selon F. OST le « *seul moment méthodologique, et donc scientifique du savoir. Il suppose la prise de distance à l'égard de la réalité [...], la rupture épistémologique génératrice de l'objectivation du donné étudié* »³. Cette appréhension de l'objet s'intéresse alors aux réalisations, à la vie du droit⁴. Cette approche empreinte de sociologie, notamment au travers l'existentialisme juridique⁵, constitue alors un discours indépendant de tout élément de dogmatique au profit d'une méfiance structurelle vis-à-vis des qualifications et des objets du droit positif. Cette vision conduit

¹ F. OST, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », in *APD*, T. 31, « Le système juridique », 1986, p. 161-162.

² H.-L.-A. HART, *Le concept de droit*, 1961, trad. Française par M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 114.

³ F. OST, ET M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, p. 78.

⁴ « *Le droit existe pour se réaliser. La réalisation est la vie et la vérité du droit ; elle est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n'existe que dans les lois et sur le papier n'est qu'un fantôme de droit, ce ne sont que des mots* ». R. VON JHERING, *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. Meleunaere, Paris, Glémin, 1877, t. III, p. 16 (rééd., Bologne, Forni, 2004).

⁵ B. CHENOT, « L'Existentialisme et le Droit » *Rev. française Sci. Polit.*, vol. 3, 1953, pp. 57-68.

à rendre impossible toute systématisation juridique au profit d'une approche strictement extrajuridique.

La troisième conception est constituée par le point de vue « externe modéré ». Car, commenter le droit positif, c'est essayer de conceptualiser ce dernier, de le mettre à distance pour mieux en apprécier les lignes de forces et les concepts⁶, d'être un « *faiseur de systèmes* »⁷, afin de se libérer tant des travers de la vision interne que de ceux de la vision externe. Dans cette perspective, il a été préféré un point de vue qualifié « d'externe modéré », c'est-à-dire un point de vue qui se veut la synthèse entre la dogmatique juridique et la théorisation ajuridique. Il a été ainsi choisi d'adopter le point de vue de l'observateur externe tout en se fondant sur le prisme interne aux acteurs juridiques.

Partant, de ce point de vue épistémologique, la question du choix de l'objet nécessite elle aussi quelques précisions. En effet, cette appréhension de l'objet étudié par le biais de ce point de vue « externe modéré », permet tout d'abord de ne pas se limiter aux catégories juridiques des acteurs : les données, les traitements, ou les bases de données biométriques, mais bien de proposer un autre concept qui s'incarne dans les précédents : celui de biométrie. Car l'objet de cette thèse n'est pas une simple étude du droit positif, une recherche de dogmatique, mais bien l'étude d'un objet non juridique en tant que tel, mais dont certaines manifestations sont prises en compte par le droit. Ainsi, c'est en partant de ces manifestations qu'il a été possible de conceptualiser notre objet et de rechercher tant les fondements que les conséquences juridiques du concept de biométrie. Dès lors, donner une définition à cet objet n'est pas inutile (section I), d'autant que cette définition est la condition de sa modélisation (Section 2).

⁶ « *Le travail du juriste comprend la description des règles de droit. Il est possible de décrire sans dogmatisme. Cela fait partie de l'activité de tout juriste. Son travail peut aussi le conduire à mettre en lumière les mécanismes qui déterminent la fabrication, le contenu et la mise en oeuvre du droit ; à dévoiler les causes et les conséquences de différentes interprétations et leur conformité respective aux engagements pris par les auteurs de la règle et/ou aux principes fondamentaux du droit et de la démocratie* ». M. AUDIT, N. CAYROL, R. COLSON, H. CORTI, V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte », *Rec. Dalloz Sirey*, 2010, p. 1506.

⁷ J. RIVERO, « Apologie des faiseurs de systèmes », in *Pages de doctrine*, 1950, t.1, p. 3 et s.

Section 1. Une étude juridique de la biométrie

La question de l'utilité de cette étude n'est pas réductible à son utilité pratique ou pédagogique. En effet, la question de l'utilité d'un tel travail vise avant tout à combler un manque conceptuel ou dévoiler une évolution des conceptions existantes. Ainsi, la biométrie en tant qu'objet de recherche ne connaît pas de définition juridique évidente (Paragraphe1), ce qui explique l'absence de prise en considération de cet objet, en tant que tel, par la doctrine (Paragraphe2).

Paragraphe 1. Un objet à définir juridiquement

Avant même d'aller plus avant dans l'interrogation sur notre objet, il convient d'en chercher une définition ou *a minima* des éléments d'identification. Dans cette perspective, les différentes normes relatives à la biométrie s'abstenant de donner une définition intelligible de la biométrie, il convient de s'intéresser à sa définition courante. Une fois la définition posée, il est possible de constater qu'elle limite la biométrie dans un champ particulier du droit, celui des données à caractère personnel. Ainsi, il sera dans un premier temps question de l'évolution de la définition vernaculaire (A) puis dans un second temps de son inscription dans le champ plus vaste des données à caractère personnel afin d'en *extraire* une définition plus juridique (B).

A. Une évolution de la définition vernaculaire

3. L'absence de définition constatée, au premier abord, dans le domaine du droit ne se retrouve pas pour autant dans le vocabulaire courant. Pour aller plus loin dans cette recherche de la signification sémantique du mot biométrie, il est possible de considérer le vocable biométrie comme possédant un sens évolutif. Dans le vocabulaire courant, la biométrie, étymologiquement la « mesure du vivant »⁸, fut classiquement considérée au XIXe siècle⁹ comme « *la connaissance des lois qui régissent la durée de la vie* »¹⁰. Ce

⁸ Du grec « *bios* » qui signifie « la vie » et « *metron* » qui peut se traduire par « la mesure »

⁹ Selon la définition du dictionnaire de l'académie française, la biométrie est « *l'étude quantitative des phénomènes biologiques à l'aide des méthodes statistiques et du calcul des probabilités* ».

¹⁰ Article « biométrie » in É. LITRE, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*, Hachette, 2000, p. 1839.

n'est qu'au début du XXe siècle que son sens a progressivement évolué, passant de la délimitation d'un champ de la médecine à un ensemble de procédés. Ainsi, la biométrie des biologistes et des médecins n'entretient qu'un rapport distendu avec la biométrie entendue comme un ensemble de techniques utilisées pour identifier les personnes physiques. Dans cette perspective, la biométrie fut enseignée jusqu'aux années soixante-dix dans les facultés de médecine comme l'aspect quantitatif de l'anatomie¹¹. Ce n'est qu'au tournant des années 1980 que la biométrie fit son entrée dans le monde juridique, notamment dans les fichiers de police¹², comme un ensemble de techniques utilisant le corps de la personne. Ces deux définitions qui perdurent ne font pas que communiquer, mais se complètent puisque la biométrie comme champ de connaissances détermine les informations disponibles pour la biométrie comme technique. Par exemple, ce sont les travaux de scientifiques sur le caractère unique des empreintes digitales ou génétiques qui ont déterminé leurs utilisations dans des techniques biométriques. Quant à l'existence de ces différentes acceptions dans le monde juridique, aujourd'hui, même si la première acception perdure notamment dans les jurisprudences civiles¹³, pour le grand public¹⁴ et pour le « jurislatureur », l'utilisation du mot dans les textes juridiques recoupe la biométrie comme technique. Dès lors, par convention, la biométrie désignera dans ce travail, sauf mention expresse, un ensemble de techniques et non l'aspect quantitatif de l'anatomie.

4. Quant aux définitions « officielles », le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) considère la biométrie comme « *l'identification d'une personne fondée sur quelques paramètres morphologiques* »¹⁵. Dans son rapport sur la proposition de loi Gorce visant à limiter l'usage des techniques biométriques¹⁶, François Pillet considère la

¹¹ Voir sur ces aspects : E.-A., CABANIS, « les évolutions scientifiques et technologiques », *Audition Publique sur la Biométrie par l'OPECST*, Assemblée Nationale, 2006.

¹² Décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

¹³ Pour un exemple récent de l'utilisation du vocable « biométrique » voir : Cour de cass., Chambre civile 1, 5 mars 2014, n°12-24.780, Publié au bulletin

¹⁴ « *La biométrie désigne la technique qui permet d'associer à une identité une personne voulant procéder à une action, grâce à la reconnaissance automatique d'une ou de plusieurs caractéristiques physiques et comportementales de cette personne préalablement enregistrées (empreintes digitales, visage, voix, etc.)* » Article « biométrie » in *Grand Larousse illustré*. 2014.

¹⁵ CCNE, avis n° 98, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*.

¹⁶ G. GORCE, *proposition de loi visant à limiter l'usage des techniques biométriques*, n° 361 (2013-2014) déposé au Sénat le 12 février 2014.

biométrie comme « *l'ensemble des procédés tendant à identifier un individu à partir de la mesure de l'une ou de plusieurs de ses caractéristiques physiques, physiologiques ou comportementales* »¹⁷. Cette définition, comme celle du CCNE, de la CNCDDH¹⁸ ou de la CNIL¹⁹ et bien d'autres avant elles²⁰, se heurte à deux écueils intimement liés : d'une part l'imprécision et d'autre part le haut degré de généralité de ces définitions. L'imprécision dans la définition sénatoriale réside par exemple dans l'interrogation suivante : qu'est-ce que « tendre à identifier » ? L'identification appelle une réponse binaire et alternative : soit le résultat de l'identification est positif et renvoie à une identité préexistante, soit l'identification est un échec. En aucun cas, l'identification ne peut être limitée à une tendance, ainsi, la finalité même du procédé n'est pas clairement définie. Quant aux « *caractéristiques physiques physiologiques ou comportementales* », trop généraux, ils ne permettent pas de limiter les supports de la biométrie.

5. En se fondant sur cet élément, il est apparu comme opportun de poser notre propre définition de la biométrie, afin de borner ce travail. Partant, la biométrie sera considérée comme « *un ensemble de techniques produisant une information à partir d'une mesure corporelle* ».

¹⁷ F. PILLET, Rapport n° 465, Sénat *sur la proposition de loi de M. Gaëtan GORCE et plusieurs de ses collègues visant à limiter l'usage des techniques biométriques*.

¹⁸ « *Des techniques permettant d'identifier une personne à partir de l'un ou plusieurs de ses caractères biologiques ou comportementaux comme l'empreinte digitale, la géométrie de la main, l'iris, la rétine, le visage, la voix, la signature, la frappe sur un clavier, le réseau veineux ou la thermographie du visage* » CNCDDH, Problèmes posés par l'inclusion d'éléments biométriques dans la carte nationale d'identité : contribution de la CNCDDH au débat, Avis adopté par l'assemblée plénière du 1er juin 2006, p.1

¹⁹ « *La biométrie regroupe l'ensembles des techniques informatiques permettant de reconnaître automatiquement un individu à partir de ses caractéristiques physiques, biologiques, voire comportementales. Les données biométriques sont des données à caractère personnel car elles permettent d'identifier une personne. ils ont, pour la plupart, la particularité d'être unique et permanente* ». CNIL, Rapport 2013, *protéger les données personnelles, accompagner l'innovation, préserver les libertés individuelles*, La documentation Française, Lexique. Disponible en ligne.

²⁰ « *Techniques d'identification qui ne prennent en compte les phénomènes biologiques que dans la mesure où ils permettent d'établir les caractéristiques distinctives de chacun* » G. DUBEY, « Les deux corps de la biométrie », *Communications*, vol. 81, n°1, 2007, p. 156. Ou écueils inverse, trop précise la définition ne permet pas alors de retranscrire l'ensemble des finalités de la biométrie « *La biométrie désigne une technologie d'identification et d'authentification qui consiste à transformer une caractéristique biologique, morphologique ou comportementale en une empreinte numérique. Son objectif est d'attester l'unicité d'une personne à partir de la mesure d'une partie inchangeable ou inimitable de son corps* » M. FOESSEL & A. GARAPON, « Biométrie les nouvelles formes de l'identité », *Esprit*, août-septembre 2006, pp. 165-167.

B. Une définition juridique par le prisme des données à caractère personnel

6. Cet ensemble technique est de nature singulière. Comme le remarque C. CABAL, « *La biométrie est un système d'identification des individus utilisant des caractéristiques mesurables. [...] Quasiment tout, dans l'anatomie ou le comportement d'un individu, peut être transformé en un code informatique permettant de l'identifier* »²¹. Ainsi, l'omniprésence des informations biométriques potentielles conduisant à l'inexistence de données biométrique par essence, il convient d'en construire une définition juridique. Partant, il est possible d'en donner une définition par genre et différence²². Hérité d'ARISTOTE, ce type de définition a été considéré comme le modèle même de la définition, comme le soulève F. GENY « *La définition juridique sera d'autant plus parfaite qu'elle analysera plus complètement la compréhension de l'idée à fixer en la rattachant à un genre prochain pour l'en séparer par la différence spécifique qui marque l'individualité propre à l'objet défini* »²³. Ainsi, la biométrie appartient au genre des traitements informatiques (1), tout en étant différenciée au sein de cette catégorie par son utilisation exclusive des données corporelles (2).

1. Un élément générique : la biométrie comme traitement informatique.

7. **Le genre : les traitements de données.** Concernant le genre, la biométrie serait un traitement informatisé qui se différencierait par la nature de ses données, toujours

²¹ C. CABAL, *Rapport sur les méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir de données biométriques et les techniques de mise en œuvre, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* (n° 355, 2012-2013).

²² « *la définition par genre et différence... dite aussi définition en intention ou en compréhension, consiste à situer un mot dans un ensemble d'autres mots avec lesquels il est réputé présenter des caractéristiques commune qui composent un genre ou un genre prochain, puis l'en différencier par des caractéristiques spécifiques qui le distinguent des autres espèces appartenant au même genre* ». V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit, Méthodes du droit*. Dalloz, 2014. p. 301.

²³ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, LGDJ, 1922, p. 305. Cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit, Méthodes du droit*. Dalloz, 2014. p. 302.

relatives au corps²⁴. En ce sens, la biométrie porte avant tout sur la représentation numérique de mesures corporelles, puisqu'elles seules permettent l'existence de ce système d'identification²⁵. D'ailleurs, cette représentation numérique est saisie par le droit comme une donnée à caractère personnel. En effet, le droit français²⁶, comme les droits de l'Union européenne²⁷ ou du Conseil de l'Europe²⁸ analysent la biométrie sous le prisme de son informatisation ou *a minima* de son automatisation²⁹. De plus, les juridictions ne sont pas en reste dans l'appréhension de la biométrie comme fille de l'informatique. En effet, pour les juges, administratifs³⁰, constitutionnels³¹, la Cour de

²⁴ « En rendant possible la mesure des caractéristiques du corps humain par des machines et en permettant l'utilisation ultérieure de ces caractéristiques, la biométrie modifie définitivement la relation entre corps et identité. Même si les données biométriques ne sont pas accessibles à l'œil nu, des outils appropriés en permettent la lecture et l'utilisation, pour toujours et ou qui puisse se rendre la personne concernée ». Avis du 23 mars 2005 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (JO C 181, p. 13)

²⁵ Pourtant, s'il a existé des systèmes biométriques archaïques non informatisés, notamment sous l'influence de C. GALTON en Angleterre et de A. BERTILLON en France, les capacités de traitement très limitées et décroissantes à chaque ajout d'une nouvelle information ont conduit à l'abandon de ces techniques, qui ont regagné de l'intérêt après l'apparition de l'ordinateur, seul système pouvant justement ordonner un nombre croissant d'informations.

²⁶ Par exemple « la loi informatique et libertés » de 1978 utilise désormais l'expression de « traitements biométriques » dans ses articles 25 et 27.

²⁷ Voir à titre d'illustration la décision du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS) (2004/512/CE).

²⁸ Voir à titre d'illustration le rapport du Comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, *Rapport d'étape sur l'application des principes de la convention 108 a la collecte et au traitement des données biométriques*, 2005. Disponible en ligne.

²⁹ En effet, en 1978 la loi informatique et libertés prévoyait l'existence de traitement non automatique de données à caractère personnel et ce n'est qu'avec sa révision de 2004 que la biométrie a fait son entrée dans cette loi comme traitement automatisé de données à caractère personnel.

³⁰ « Considérant que [...] l'utilité du recueil des empreintes de huit doigts et non des deux seuls figurant sur le passeport n'étant pas établie, la collecte et la conservation d'un plus grand nombre d'empreintes digitales que celles figurant dans le composant électronique ne sont ni adéquates, ni pertinentes et apparaissent excessives au regard des finalités du traitement informatisé » CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n°317827.

³¹ « Considérant, toutefois, que, compte tenu de son objet, ce traitement de données à caractère personnel est destiné à recueillir les données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française ; que les données biométriques enregistrées dans ce fichier, notamment les empreintes digitales, étant par elles-mêmes susceptibles d'être rapprochées de traces physiques laissées involontairement par la personne ou collectées à son insu, sont particulièrement sensibles ; que les caractéristiques techniques de ce fichier définies par les dispositions contestées permettent son interrogation à d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne ; que les dispositions de la loi déférée autorisent la consultation ou l'interrogation de ce fichier non seulement aux fins de délivrance ou de renouvellement des titres d'identité et de voyage et de vérification de l'identité du possesseur d'un tel titre, mais également à d'autres fins de police administrative ou judiciaire » Cons. Cons., décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, Considérant 10.

justice de l'Union européenne (CJUE)³² et même la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)³³, la biométrie est bien une technique de traitement informatique de nature singulière qui bien qu'en lien avec la protection des données personnelles connaît un régime juridique spécial.

8. C'est d'ailleurs en tant que telles que les données biométriques peuvent porter atteinte, voire violer, certains droits fondamentaux, notamment la vie privée des individus. En renversant cette perspective, concernant la jurisprudence centrale de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de la biométrie, J.-P. MARGUENAUD considère « que l'arrêt de Grande Chambre *S. et Marper c. RU* du 4 décembre 2008 a fait de la notion de vie privée le fer de lance de la lutte contre la conservation des données personnelles »³⁴. La biométrie n'est alors plus marginale dans le champ des données personnelles, mais sert d'idéal-type des données et de l'évolution de leur régime juridique. En tant que système informatisé, elle occupe aujourd'hui une place centrale dans le droit des données personnelles³⁵.

³² Voir notamment, CJUE, 17 octobre 2013, C-291/12 Schwarz et CJUE, 4^{ème} chambre, 16 avril 2015, W. P. Willems (C-446/12) contre Burgemeester van Nuth, H. J. Kooistra (C-447/12) contre Burgemeester van Skarsterlân. Dans ces arrêts était en jeu la conventionnalité de la captation des empreintes digitales au sein des documents d'identité et plus précisément des passeports. Dans le premier, la Cour a considéré que la captation des empreintes digitales, bien que portant atteinte à la vie privée de la personne, était justifiée par la nécessité de protéger les passeports contre des utilisations frauduleuses. Dans le second arrêt, la Cour a considéré qu'aucune limite conventionnelle ne pesait sur l'État concernant l'exploitation de ces empreintes.

³³ Voir notamment CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n°30562/04. J.-P. Marguénaud, « De la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes innocentées CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni* », *RSC*, 2009, p. 182. D. De Beer, « Nouveaux éclairages de la notion de "donnée personnelle" et application audacieuse du critère de proportionnalité, Cour européenne des droits de l'Homme, Grande Chambre, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008 », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme (RTDH)*, 2010, vol. 81. pp. 141 – 161. S. Peyrou-Pistouley, « L'affaire Marper contre Royaume-Uni, un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2009, vol. 4. pp. 741 – 757.

³⁴ J.-P., MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Connaissance du Droit, Dalloz, 6^{ème} édition, p. 90.

³⁵ Sur la notion de données à caractère personnel voir notamment : E., DEBAETS, *Le droit à la protection des données personnelles : Recherche sur un droit fondamental*, thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, présentée le 12 décembre 2014. p. 825. N. OCHOA, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, thèse de doctorat, Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, p. 754. P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *Dalloz*, 1984, p. 103 ; A. GRUBER, « Le système français de protection des données personnelles », *Les Petites Affiches*, vol. 90, 2007, p. 4 ; J., EYNARD, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*. 2011, Thèse soutenue à Toulouse p. 179. G. BRAIBANT, *données personnelles et société de l'information Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46. 3 mars 1998*. (Disponible en ligne). Conseil d'Etat *Rapport du Conseil d'Etat: Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014, p 446.

9. Les données à caractère personnel. Par donnée personnelle, ou donnée à caractère personnel, pour reprendre le concept mis en place par la loi « informatique et liberté » de 1978 et repris tant dans le droit international³⁶ que dans la directive de référence³⁷, est visée « *toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres.* »³⁸. Concernant leur protection, elle se fait, avant tout, pour les juges nationaux, administratif³⁹, ou constitutionnel⁴⁰, comme pour la Cour européenne des droits de l'homme⁴¹ ou la Cour de justice⁴² sous l'égide de la protection de la vie privée⁴³. Cette dernière est pour la Cour européenne des droits de l'homme une « *notion large, non susceptible d'une définition*

³⁶ Article 2 de la Convention 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel « *données à caractère personnel* » signifie: *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (« personne concernée »);* »

³⁷ Article 2 de 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 ». « *données à caractère personnel* »: *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale* ».

³⁸ Article 2 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

³⁹ CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n°317827. V. Tchen, « La base de données du passeport biométrique », *Droit Adm.*, vol. 1, 2012, pp. 1–10.

M. GUYOMAR & X. DOMINO, « Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés », *AJDA*, 2012, p. 35.

G. BEGRANGER, « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ Pénal*, 2014, p. 176.

F. CHALTIEL, « Le passeport devant le Conseil d'état », *Les Petites Affiches*, vol. 248, no. 9, 2011, p. 10.

⁴⁰ « *Considérant que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le droit au respect de la vie privée ; que, par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif* » voir notamment Cons. Constit., Décision n° 2012- 652 DC, 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*. Cons. 8., ; Cons. Constit., Décision n° 2013-681 DC, 05 décembre 2013, *Loi organique portant application de l'article 11 de la Constitution*, Considérant 27. ; Cons. Constit., Décision n° 2014- 690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, Considérant 51.

⁴¹ En effet, la simple mémorisation des données constitue pour la Cour de Strasbourg une ingérence au sens de l'article 8 de sa Convention. voir notamment CEDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, n°9248/81 ; CEDH, 28 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, n°13/1997/797/1000 ; CEDH, 16 février 2000, *Amman c. Suisse*, n°27598/97.

⁴² Voir pour une illustration au sujet de la surveillance de masse : CJUE, 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12 *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*

⁴³ Il s'agit alors de la conception originnaire de la vie privée comme un droit de l'individu et opposable à l'Etat.

exhaustive »⁴⁴, qui « *ne doit pas être interprétée de façon restrictive* »⁴⁵. Quant à la doctrine sur la vie privée, si l'absence de définition juridique nuit à sa circonscription doctrinale, il est possible de constater une mutation de la notion⁴⁶, passant de la protection de l'intimité de la vie privée⁴⁷, sous les auspices du juge judiciaire, à une extension des éléments protégés, sous l'égide de la CEDH, « rattrapant » ainsi la notion américaine de *privacy*.

10. Contrôle de proportionnalité. Cependant, il est rare que les juges aient à connaître des utilisations sauvages de la biométrie, c'est-à-dire poursuivant un but prohibé, violant l'intimité de la vie privée, mais au contraire la problématique juridique de l'ensemble des utilisations de la biométrie reste celle de la proportionnalité⁴⁸ de l'utilisation d'une technique avec la finalité qui a été assignée. Ce questionnement fondamental pour la biométrie peut prendre la forme en droit positif d'une étude du caractère nécessaire d'une ingérence dans une société démocratique⁴⁹ devant la Cour de Strasbourg ou d'une interrogation sur sa conciliation avec l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'ordre public⁵⁰ devant le Conseil constitutionnel.

⁴⁴ CEDH, G. C., *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, Cons. 61.

⁴⁵ CEDH, 16 février 2000, *Amman c. Suisse*, n° 27798/95, Cons. 65.

⁴⁶ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 3^{ème} édition. Montchrestien, 2014. p. 399 et s.

⁴⁷ Telle est la formulation retenue par l'article 226-1 du code pénal.

⁴⁸ Dans son sens général la proportionnalité peut être définie comme l'adéquation entre les moyens et les fins dans une décision. Irrigant l'ensemble des domaines du droit, la question de la proportionnalité d'une mesure est intimement lié au contrôle opéré par le juge. Et si il existe des hypothèses de non contrôle de proportionnalité de la mesure, dans le domaine des droits fondamentaux force est de constater que ce contrôle a même été antérieur à l'apparition de cette notion. Voir par exemple : CE, 19 mai 1933, *Benjamin* : Rec. CE 1933, p. 541 ; S. 1934, 3, p. 1, concl. Michel. Pour un exemple plus récent : CE, Ord. de référé, 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508.

⁴⁹ En effet, l'article 8§2 de la Convention EDH prévoit qu'il « *ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

⁵⁰ Voir notamment : Cons. Constit., 89-261 DC, 28 juillet 1989, cons. 12, Journal officiel du 1er août 1989, page 9679, Rec. p. 81. Cons. Constit., 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 2, Journal officiel du 21 janvier 1995, page 1154, Rec. p. 170. Cons. Constit., 99- 411 DC, 16 juin 1999, cons. 2, Journal officiel du 19 juin 1999, page 9018, Rec. p. 75. Cons. Constit., 2001-457 DC, 27 décembre 2001, cons. 6 à 9, Journal officiel du 29 décembre 2001, page 21172, Rec. p. 192. Cons. Constit., 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 7 à 9, Journal officiel du 19 mars 2003, page 4789, Rec. p. 211. Cons., Constit., 2007-557 DC, 15 novembre 2007, cons. 11, Journal officiel du 21 novembre 2007, page 19001, texte n° 2, Rec. p. 360. Cons. Constit., 2010-55 QPC, 18 octobre 2010, cons. 6, Journal officiel du 19 octobre 2010, page 18695, texte n° 82, Rec. p. 291.

Pourtant, c'est toujours le même mécanisme de protection qui est à l'œuvre et qui prend la forme d'une conciliation entre les droits fondamentaux et la protection de l'ordre public⁵¹. L'ordre public est alors entendu non pas dans une acception organiquement⁵² ou substantiellement restrictive, héritée de la loi de 1884, mais dans sa définition fonctionnelle la plus large⁵³, telle que « réceptionnée »⁵⁴ à l'échelon européen et intimement liée à l'État⁵⁵. Dans le cadre de cette conciliation, l'ordre public peut être considéré comme le « bouclier »⁵⁶ des droits fondamentaux, car comme le constate le Conseil constitutionnel « *La prévention des atteintes à l'ordre public est nécessaire à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle* »⁵⁷. Dès lors, la tryptique classique de l'ordre public, comprenant notamment la sécurité, se voit doublée et renforcée par une conception protectrice de l'ordre public vis-à-vis des droits fondamentaux. Ainsi, pour aller plus loin dans cette perspective, indépendamment des utilisations prohibées par le droit positif de la biométrie, qu'elles concernent la naissance⁵⁸, les relations

⁵¹ Il s'agit là de l'approche la plus classique au niveau doctrinal dans l'appréhension de l'ordre public. Voir notamment : M.-J. REDOR (Dir), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux : actes du Colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*. Bruylant, 2001. p. 436.

⁵² « Pour écarter l'objection tirée de l'existence de la loi municipale, il convient de faire valoir que cette loi n'intéresse pas toute la police générale, mais simplement sa forme municipale et que d'autres autorités-les autorités administratives supérieures- exercent actuellement ou ont pu exercer autrefois une compétence de police générale dont aucun texte n'a fixé très précisément le contenu ». E. PICARD, *La notion de police administrative*, Volume 1. Publication Univ Rouen Havre, 1984. p. 559.

⁵³ Cette notion « consiste à garantir, par diverses techniques juridiques appropriées, mais non nécessairement spécifiées à l'avance que toutes les exigences d'ordre matériel ou juridique, qui au sein de cet ordre juridique apparaissent essentielles, aux yeux des autorités qui ont compétence pour ce faire seront en tout état de cause satisfaite » E. PICARD, « la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique » M.-J. REDOR (Dir), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics : ordre public et droits fondamentaux : actes du Colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*. Bruylant, 2001. p. 56.

⁵⁴ C. PICHERAL, « l'ordre public dans les droits européens », in, *l'ordre public, Acte du colloque organisé le 15 et 16 décembre 2011 à l'Université d'Auvergne*, édition Cujas. p. 103.

⁵⁵ Dans cette perspective, comme le remarque le professeur S. ROLAND « il y a une redondance ... entre le terme public et le terme Etat » S. ROLAND, « L'ordre public et l'Etat, brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public » in, *L'ordre public, Acte du colloque organisé le 15 et 16 décembre 2011*, édition Cujas. p. 10.

⁵⁶ *Libertés et ordre public* « Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle » 8ème séminaire des cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003 Disponible en ligne.

⁵⁷ Voir par exemple : Cons. Constit., 9 juin 2011, Décision n°2011-135/140 QPC, M. Abdellatif B. et autre

⁵⁸ Cela se déduit de l'article 16-4 du code civil, selon lequel « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.* »

contractuelles⁵⁹, ou les discriminations⁶⁰, il est possible de constater qu'aujourd'hui la question de l'adéquation de la mesure biométrique et donc de sa proportionnalité prend le pas sur celle de l'existence de sa finalité.

11. Ainsi, concernant une même finalité, la gestion de l'accès aux cantines scolaires, la CNIL a successivement interdit le recours aux empreintes digitales⁶¹ puis autorisé l'utilisation de l'empreinte palmaire⁶². Cette distorsion dans les autorisations est justifiée, non pas par une évolution de la finalité, mais par les différences de nature entre les données biométriques utilisées (biométrie avec trace puis biométrie sans trace). Ces différences impliquent alors un déplacement du curseur de la conciliation entre les objectifs poursuivis et la protection des libertés fondamentales qui sont en jeu. D'ailleurs, même la liste des composantes de cette dernière catégorie est susceptible d'évoluer. Si la vie privée constitue sa composante la plus évidente que ce soit au sein du droit positif ou de la doctrine, comme l'a montré E. Debaets⁶³ une autonomisation progressive du régime de protection des données à caractère personnel par rapport à la protection du droit à la vie privée est en cours notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne. Toutefois, si la biométrie en tant que traitement informatique connaît un encadrement juridique, il est possible de constater que celui-ci est largement conditionné par la spécificité de son support : les mesures corporelles.

⁵⁹ Article 1141-1 du code de la santé publique » *Les entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci.* »

⁶⁰ Article 225-1 du code pénal » *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.* »

⁶¹ CNIL, Délibération n°00-015 du 21 mars 2000 portant avis sur le traitement automatisé d'informations nominatives, mis en œuvre par le collège Jean Rostand de Nice, destiné à gérer à la cantine scolaire par la connaissance des empreintes digitales (demande d'avis n° 636.783)

⁶² CNIL, Délibération n°2006-103 du 27/04/2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel reposant sur l'utilisation d'un dispositif de reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalité l'accès au restaurant scolaire.

⁶³ E., DEBAETS, *Le droit à la protection des données personnelles : Recherche sur un droit fondamental*, thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, présentée le 12 décembre 2014. p. 825.

2. Un élément de différenciation : les mesures corporelles

12. Statut des mesures corporelles. Élément présent dans l'ensemble des définitions précitées, l'élément différenciant la biométrie des autres traitements de données est constitué par l'utilisation exclusive de données corporelles. Ces dernières ont pour caractéristiques d'être difficilement altérables puisque intimement liées au corps. Et ce lien conduit dans une première approche à considérer la biométrie non comme un traitement numérique standard, mais comme un traitement spécial. Dans cette perspective, tant le droit français⁶⁴ que le Conseil de l'Europe⁶⁵ considèrent les données biométriques comme des données à caractère personnel soumises à un régime juridique spécial, soit en tant que données à caractère personnel sensibles bénéficiant d'un régime juridique plus restrictif, soit comme données disposant d'un régime juridique *ad hoc*, c'est notamment le cas des données génétiques. En outre, il existe des hypothèses ou des données « potentiellement » biométriques c'est-à-dire ne faisant pas encore l'objet d'un traitement biométrique, font l'objet d'un encadrement juridique au travers du régime juridique des données à caractère personnel standard, c'est notamment le cas des photographies d'identité non numérisées et ne pouvant pas encore faire l'objet d'un traitement de reconnaissance faciale.

13. Partant, il est possible de modéliser sommairement les régimes juridiques attenants à ces données en partant de l'idée qu'il est possible de représenter un régime juridique sur une échelle dont les extrémités représentent d'un côté la protection des droits fondamentaux et de l'autre la protection de l'ordre public. Ainsi, à une position déterminée sur l'échelle correspond une conciliation entre les droits fondamentaux et la protection de l'ordre public. Ces trois régimes juridiques se différencient structurellement par la *position du curseur* dans la conciliation opérée entre les droits fondamentaux et la protection de l'ordre public. Partant, la position du curseur des données standards est à mi-chemin entre les droits fondamentaux et l'ordre public, alors que celui des données spéciales tend vers plus de protection des droits fondamentaux au détriment de l'ordre public et cette tendance se renforce pour les régimes juridiques *ad hoc*, proches de l'extrémité de l'ordre public, ils mobilisent une protection étendue des droits

⁶⁴ Article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

⁶⁵ Article 6 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée à Strasbourg le 28 janvier 1981.

fondamentaux. La ventilation des données au sein de ces régimes est alors fonction des qualités inhérentes aux données. En effet, les marqueurs corporels permettant les mesures sont recherchés pour leur absence d'évolution, ainsi que pour la densité d'informations qu'ils contiennent. Car, plus la densité d'information est potentiellement élevée plus le curseur de la conciliation tend vers la protection de l'ordre public et nécessite une protection accrue des droits fondamentaux de la personne. A titre d'illustration, l'utilisation de l'empreinte génétique dans les fichiers de police connaît un régime juridique *ad hoc* qui peut s'expliquer par la forte densité d'information contenue dans les représentations de l'ADN, alors que la photographie d'identité numérisée est considérée, en l'absence de reconnaissance faciale, comme une donnée à caractère personnel standard, dans la mesure où sa densité d'information est relativement faible.

14. Exclusion de la biométrie comportementale. Partant, il est possible d'exclure la biométrie comportementale de notre champ d'étude. Et bien que l'étude de cette dernière puisse être particulièrement utile⁶⁶, il est possible de constater que la personne peut *adapter* son comportement, modifier volontairement sa façon de frapper au clavier ou de marcher. Dès lors, les données utilisées ne sont pas *stricto sensu* des mesures corporelles, mais plutôt des interprétations de ces dernières, excluant ainsi la biométrie comportementale du champ de recherche.

Toutefois, bien que la biométrie soit saisie dans son contentieux au travers du champ des données personnelles, ce rattachement ne permet pas, pour autant, de trouver dans les textes une définition claire de la biométrie. Le droit ne saisit que partiellement la biométrie, sans en donner une définition satisfaisante. D'ailleurs, cet aspect partiel ou incomplet à l'appréhension de la biométrie se retrouve, d'ailleurs, dans les études de doctrine la prenant pour objet.

⁶⁶ Le décryptage du code énigma pendant la seconde guerre mondiale est en grande partie dû à l'étude et à la mesure de la manière de taper au clavier des opérateurs allemands. Voir S. SINGH, *Histoire des codes secrets: De l'Égypte des Pharaons à l'ordinateur quantique*, vol. 3. JC Lattès, 1999, p. 430.

Paragraphe 2. la place de la biométrie dans les discours doctrinaux

15. La question de la place du discours doctrinal est avant tout une question de méthode, en son absence, le discours peut se perdre dans une analyse « *au fil de l'eau* »⁶⁷. Ainsi, avant même de porter un discours sur l'objet biométrie, il est possible de constater que la doctrine existante connaît un certain nombre de problèmes essentiellement méthodologiques qui nuisent à sa compréhension. En outre, l'étude de ces biais méthodologiques permet de construire en miroir, notre objet d'étude.

16. À la suite du Doyen Carbonnier, il sera donné une définition large à la doctrine, entendue comme « *les opinions émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens. Ou, si l'on a égard au contenant plus qu'au contenu, la doctrine est l'ensemble des ouvrages juridiques, la littérature du droit* »⁶⁸. Cependant, au-delà de cette conception matérielle de la doctrine, cette dernière poursuit à n'en pas douter une fonction de systématisation, de conceptualisation et de modélisation du droit positif.

17. Au sein de ces fonctions attribuées à la doctrine, concernant l'objet biométrie, les études juridiques sont majoritairement soumises à trois écueils : la marginalisation (A), le démembrement (B) et l'absence de neutralité axiologique (C).

⁶⁷ « Si l'on donne le nom de science à un discours savant articulé à un méta-discours réflexif et constitutif, on peut dire, je crois que la « science » du droit devient une denrée rare car, d'une part, les méta-discours épistémologiques ont peu de succès du point de vue de leur capacité à faire produire des discours juridiques méthodologiquement assumés en raison de la dispersion et de la crise permanente des modèles de scientificité pour le droit et, d'autre part, un nombre considérable de discours juridiques sont produits sans considération de méthode ni de préoccupation épistémologique. Ils fonctionnent, pour reprendre une expression kantienne, de manière rhapsodique ». O. JOUANJAN, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Rev. Eur. des Sci. Soc.*, n°XLI-128, 10-Dec-2003, p. 142.

⁶⁸ J. CARBONNIER, *Droit Civil Tome 1*, Quadrige. Presses universitaires de France, 2004. p. 237.

A. La marginalisation de l'objet

18. La biométrie comme exception. De nombreuses études ont été menées sur la biométrie ces dernières années, notamment depuis l'inclusion de la catégorie de données biométriques dans la « loi informatique et libertés » en 2004⁶⁹. C'est alors comme composante particulière que la doctrine a étudié ce concept, en ne le considérant que trop rarement comme un objet autonome et indépendant de la catégorie générique des données à caractère personnel ; la biométrie est alors au mieux considérée comme une exception aux principes généraux applicables en matière de base de données personnelles, au pire reléguée au rang de simple illustration⁷⁰, sans pour autant que la spécificité de ces données ne soit explicitée. Ces études doctrinales se sont ainsi focalisées sur l'*instrumentum* au détriment du *negotium* des données biométriques, sur le genre au détriment de la différence, c'est-à-dire sur l'étude de la catégorie juridique des données à caractère personnel, dont la biométrie ne serait qu'une variante. Cette position est au premier abord totalement légitimée par le droit positif, qui considère les données biométriques comme une exception au droit commun applicable aux données à caractère personnel. Ainsi, l'article 25⁷¹ de la loi informatique et libertés soumet les traitements utilisant des données

⁶⁹ E., DEBAETS, « L'identité de la personne à l'épreuve de l'identification biométrique », in G. AÏDAN et E. DEBAETS, *L'identité juridique de la personne humaine*, L'Harmattan, 2013, pp. 197-226. M. ILLY, « Biométrie en suspens : la vie privée en dépend ! », *RFDC. (RFD Const)*, vol. 91, 2012, pp. 573 – 575. X. CRETTEZ & P. PIAZZA, *Du papier à la biométrie : identifier les individus*. Presses de sciences po, 2006. M. FOESSEL & A. GARAPON, « Biométrie : les nouvelles formes de l'identité », *Esprit*, vol. Août/septe, n°8, 01-Aug-2006, p. 165. A. CEYHAN, « Enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », *Cult. Conflits*, vol. 64, n°4, 2006, pp. 33–47. G. DUBEY, « La condition biométrique. Une approche socio-anthropologique des techniques d'identification biométrique », *Press. Sci. Po, Raisons Polit.*, vol. 32, 2008, pp. 9–33. G. DUBEY, « L'identification biométrique : vers un nouveau contrôle social ? », *Varia*, vol. 39, 2008, pp. 63–78.

⁷⁰ La biométrie est alors utilisée comme fondant un éclairage pour un autre concept, plutôt que comme un objet d'étude « en soi ». Par exemple, le régime juridique de la biométrie serait une illustration de l'existence d'une protection contre la réification volontaire de la personne humaine. Voir notamment, N. OCHOA, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, p. 483 et s.

⁷¹ « I. - Sont mis en œuvre après autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, à l'exclusion de ceux qui sont mentionnés aux articles 26 et 27 : [...] 8° Les traitements automatisés comportant des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes. »

biométriques à un régime spécial d'autorisation. Tandis que l'article 27⁷² crée un régime juridique renforcé pour les traitements biométriques étatiques.

19. Pourtant, nous pouvons considérer qu'il est possible de tenir un discours sur les données biométriques qui ne soit pas uniquement celui de l'exception au droit commun des données à caractère personnel. Ce choix méthodologique peut se trouver justifié par deux arguments. D'abord, considérer la biométrie comme une frange marginale d'un ensemble plus vaste peut empêcher toute réflexion sur la singularité de cet objet, au profit d'un enfermement stérile dans une dialectique entre le principe et l'exception. Cette mise aux marges de la biométrie a pour conséquence d'en empêcher la systématisation, tout en rendant, d'un point de vue politique, plus acceptable les utilisations. La biométrie serait alors une sous catégorie des données à caractère personnel et ses spécificités ne seraient alors que des exceptions au droit commun. Cette appréhension de la biométrie comme un élément marginal aurait entraîné un certain nombre de conséquences. Car, cette logique aurait mobilisé un certain nombre de paradigmes, de définitions, de conceptions et de grilles d'analyse des données qui auraient alors pu empêcher de comprendre la spécificité de la biométrie sur l'ensemble des autres traitements, notamment au regard de l'élasticité de ses finalités. Néanmoins, la marginalisation n'est pas le seul problème que connaît la doctrine, puisque la question de l'unité de l'objet reste ouverte.

B. Le démembrement de l'objet.

20. L'absence d'unité de l'objet. Il a fallu attendre 2004⁷³ pour voir la biométrie, sous l'égide « des traitements biométriques », être considérée par le législateur comme un objet autonome et unique donnant lieu à une protection spécifique. Et cette unification de l'objet en droit positif ne se retrouve que de manière très fragmentaire en doctrine. En effet, majoritairement, les études doctrinales ne considèrent pas la biométrie comme un tout, mais comme un ensemble d'éléments qu'il convient d'étudier sectoriellement. Ce

⁷² « Sont autorisés par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés : [...]2° Les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes. »

⁷³ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

démembrement de l'objet, ou *a minima* son absence d'homogénéité, se retrouve en doctrine soit à cause d'une segmentation par support, soit d'une division par technique.

21. Un démembrement par support. Une analyse sommaire des autorisations de la CNIL en matière de données biométriques amènerait à considérer les données biométriques exclusivement par le biais de leur support. Ainsi, il existerait pour notre objet une différence irréductible de régimes entre les données biométriques contenues dans une base de données⁷⁴ et celles enregistrées sur un support individuel⁷⁵. Cette dichotomie s'est transformée après la révision de la « loi informatique et libertés » en distinction entre bases de données étatiques face aux bases de données d'autres personnes morales ou physiques. Ainsi, les bases de données biométriques étatiques font l'objet d'études sectorielles, déconnectées des bases de données des autres gestionnaires. Pourtant, cette division par support de la biométrie n'est pas unique, puisque la doctrine considère les données biométriques sous l'angle des techniques, sans essayer de les considérer comme un objet alimenté par des techniques de captation des données, mais non réductibles à cet aspect.

22. Un démembrement par technique. Quant à la doctrine juridique, elle a démembré son étude de la biométrie en fonction d'une mesure ou d'une technique considérée comme représentative. Ainsi, l'étude de l'empreinte digitale⁷⁶ ou génétique⁷⁷

⁷⁴ « Dans le cas d'un stockage sur le terminal de lecture-comparaison ou sur un serveur, la personne perd la maîtrise de sa donnée biométrique qui est ainsi détenue par un tiers. En cas d'intrusion dans le terminal ou le serveur, on peut accéder à l'ensemble des empreintes ou gabarits qui y sont stockés et qui sont généralement associés aux identités des personnes ». CNIL, Communication de la CNIL relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données, p. 5. Disponible sur : <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/CNI-biometrie/Communication-biometrie.pdf>

⁷⁵ « Dans le cas d'un stockage sur un support individuel (tel que carte à puce ou clé USB), exclusivement détenu par la personne concernée, la personne a la maîtrise de sa donnée biométrique. Celle-ci reste sous sa responsabilité et ne peut pas être utilisée pour l'identifier à son insu. En cas de vol ou de perte du support de stockage, on ne peut avoir accès qu'à une seule donnée biométrique éventuellement associée à l'identité de la personne ». CNIL, Communication de la CNIL relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données, p. 5. Disponible sur : <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/CNI-biometrie/Communication-biometrie.pdf>

⁷⁶ A. DASTRE, Des empreintes digitales comme procédé d'identification (1907), in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, p. 174. C. FLEURIOT, « Le nouveau visage du fichier automatisé des empreintes digitales », *Dalloz Actual.* E. LOCARD, *La Preuve judiciaire par les empreintes digitales*. Rey, 1914. Disponible en Ligne.

⁷⁷ P. REVIRON, « L'ADN : la preuve parfaite ? », *Actualité Juridique Droit Pénal (AJDP) Dalloz*, vol. 11. pp. 590 – 591, 2012. F. Terré, « Les chemins de la vérité. Sur les tests ADN », *JCP G Semaine Juridique*

est présente chez les commentateurs sans que pour autant ces études sectorielles ne fassent l'objet d'une synthèse. Pourtant, cette vision segmentée est aujourd'hui dépassée dans la mesure où le droit positif et notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,⁷⁸ crée un socle juridique commun à l'ensemble des données biométriques⁷⁹. Ainsi, au contraire de cette segmentation, il est possible de prendre pour objet d'étude la biométrie dans l'ensemble de ses dimensions et non de se cantonner à cette analyse sectorielle. Car, la biométrie ne se limite pas conceptuellement à ses traductions techniques, elle existe dans les discours juridiques et extrajuridiques comme un concept autonome et non comme la simple agglomération des techniques biométriques aujourd'hui utilisées. A cette vision démembrée de la biométrie, il a été préféré une analyse unitaire du concept de biométrie.

(*édition générale*), vol. 1. pp. 15 – 19, 2008. Y. PADOVA, « A la recherche de la preuve absolue . Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes », *Arch. Polit. criminelle*, vol. 26, 2004, p. 71. J. MICHAUD, Les empreintes génétiques en justice, *Médecine & Droit*, vol. 1998. p. 6, 1998. C. GIRAULT, « Identification et identité génétiques », *AJ Pénal*, n°1, 2010, p. 224. F. DEKEUWER-DEFOSEZ, « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Rev. Droit Civ.*, vol. 38, n°I, 2007, pp. 1–8. A. GIUDICELLI, « Sur la distinction du prélèvement et de l'analyse concernant les empreintes génétiques », *Rev. Sci. criminelle*, 2001, p. 607. B. EDELMAN, « Génétique et liberté », *Droits*, vol. 13, 1991, p. 31. V. DYEUVRE, « Génétique et enquêtes policières », *Les Trib. la santé*, vol. 17, n°4, 17-Jan-2007, p. 79. F. BELLIVIER, « Infractions sexuelles et empreintes génétiques », *RTD Civ*, 2000, p. 648. C. PIGACHE, L'utilisation des empreintes génétiques à des fins probatoires, *Revue générale de droit médical*, vol. 27. pp. 75 – 100, 2008. C. DOUTREMEPUICH, *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*. La Documentation française, 1998. J. DANET, « Le FNAEG au Conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale », *AJ Pénal*, 2010, p. 545. S. SONTAG KOENIG, ADN : vraie gêne et faux gènes, bilan et évolution des techniques, *Droit pénal*, vol. 4. pp. 7 – 10, 2015. É. VERGES, Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, vol. 2014, n°25. 2014. J. DANET, Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au “ portrait robot génétique ” (mais approximatif) est validé, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3. pp. 595 – 598, 2014. H. D. V. DE SERANVILLERS, *La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire*, vol. 67. Editions L'Harmattan, 2009. A. ANDREOLI, *L'histoire controversée du test ADN: entre crimes, mystères et batailles légales*. Belin, 2010. C. BOURGAIN & P. DARLU, *ADN superstar ou superflic ? : Les citoyens face à une molécule envahissante*. Seuil.

⁷⁸ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper*, n° 2, 382/04 et 30566/04

⁷⁹ J.-P. MARGUENAUD, « De la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes innocentées CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni* », *RSC*, 2009, p. 182. D. DE BEER, « Nouveaux éclairages de la notion de “ donnée personnelle ” et application audacieuse du critère de proportionnalité, Cour européenne des droits de l'Homme, Grande Chambre, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008 », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme (RTDH)*, 2010, vol. 81. pp. 141 – 161. S. PEYROU-PISTOULEY, « L'affaire Marper contre Royaume-Uni, un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2009, vol. 4. pp. 741 – 757.

23. Choix méthodologique. Pourtant, la tentation était grande de considérer les techniques biométriques comme autonomes et donc de traiter de manière séparée leur régime juridique. Cette vision de la biométrie, comme un ensemble de techniques totalement autonomes entre elles, bien que facilitant grandement l'appréhension du sujet, se heurtait à trois écueils. Le premier obstacle était la nature contingente et relative d'une telle liste de techniques. Les conclusions de ce type de travail sectorisées et fragmentaires ne pouvant alors être utiles, qu'à un moment donné, pour une technique déterminée. D'ailleurs, la fragmentation de ces conclusions, au minimum une par technique étudiée, ne permettait pas de saisir les évolutions et les perspectives juridiques de notre objet.

24. Second écueil, conséquence du précédent, l'étude fragmentée des techniques biométriques, impliquant un point de vue interne, ne permet pas de théoriser sur ces dernières. Enfin, et peut-être de manière bien plus importante, cette présentation morcelée était contraire au droit positif puisque les techniques biométriques ne connaissent pas de législation par techniques en tant que telles, mais sont perçues aujourd'hui sous l'empire des données à caractère personnel. Tout au plus, certains traitements utilisant des données spécifiques, comme ceux basés sur des empreintes génétiques⁸⁰ ou digitales⁸¹, connaissent un encadrement législatif ou réglementaire spécifique. D'ailleurs, même les dispositions du Code civil relatives aux tests génétiques encadrent des traitements et non les données génétiques en tant que telles⁸². Dans cette perspective, quand le législateur a entendu, en 2006⁸³, incorporer les traitements biométriques dans la loi informatique et libertés, il n'a pas fait l'inventaire des techniques qu'il a eu à connaître, mais il a considéré la biométrie comme une catégorie juridique *ad hoc* : les traitements biométriques⁸⁴. Quant à leurs régimes, si le législateur délègue les modalités matérielles d'autorisation de tels traitements à des actes réglementaires (autorisation de la CNIL,

⁸⁰ Voir notamment le Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques. *Supra* p. 420 et s.

⁸¹ Voir notamment le Fichier Automatisé des Empreintes Digitales. *Supra*. p. 388 et s.

⁸² Néanmoins, concernant les données relatives au génome, il faut constater que dans son arrêt *Marper c. RU* de 2008 la Cour européenne des droits de l'Homme, considère que leur simple captation entraîne une atteinte à la vie privée.

⁸³ Loi 204-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸⁴ Voir les articles 25 et 27 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

contre décret en Conseil d'État), il s'est refusé, en revanche, à préciser systématiquement les régimes applicables à chaque technique biométrique, laissant alors la délimitation de ces derniers à la CNIL. Aujourd'hui, certains considèrent qu'il convient de ne pas laisser « *la CNIL seule pour juger de la pertinence d'un système* »⁸⁵. Cette autorité administrative indépendante, a alors eu, concernant ces traitements, trois prérogatives : l'autorisation du traitement⁸⁶, l'émission d'un avis motivé et publié concernant certains traitements mis en œuvre pour le compte de l'État⁸⁷ et enfin, accessoirement, la délivrance d'autorisations uniques⁸⁸, le droit positif participant alors pleinement au démembrement de l'objet.

C. L'absence de neutralité axiologique sur l'objet

25. Enfin, la doctrine juridique⁸⁹ est soumise aux mêmes écueils que les doctrines dans d'autres matières, notamment dans les autres sciences sociales. En ce sens, il est possible de mettre en lumière un problème inhérent à l'étude d'un objet moderne et très présent dans les discours politiques : le problème de la neutralité axiologique⁹⁰. Notre objet perçu alors comme un instrument de surveillance de masse⁹¹ se retrouve

⁸⁵ F. PILLET, Compte rendu de la commission des lois, 27 mai 2014, sur la proposition de loi visant à limiter l'usage des techniques biométriques.

⁸⁶ Article 25 De la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

⁸⁷ Article 27 De la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

⁸⁸ Article 25 II De la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

⁸⁹ Il est d'ailleurs envisageable que la doctrine en tant que « *partie prenante au processus de production du droit* » soit, par opposition avec la science du droit, intimement liée avec un point de vue interne et subjectif, propice à la prise en compte de valeurs. Voir notamment : J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, 2002/1 (n°50), p. 105.

⁹⁰ D'ailleurs, la question de la neutralité axiologique est chez KELSEN le point de séparation entre la science politique et la science du droit. Comme ce dernier le constate « *Dès le début de cette entreprise, j'ai eu ce but présent à l'esprit : élever la science du droit, la 'jurisprudence' qui – de façon ouverte ou de façon dissimulée – se perdait presque complètement dans le raisonnement de politique juridique au niveau et rang d'une véritable science [...] à poursuivre uniquement la connaissance du droit, [...] et de rapprocher les résultats de cette œuvre de connaissance de l'idéal de toute science, l'objectivité et l'exactitude* ». H. KELSEN, *Théorie pure du droit*. 1962., préface à la première édition, p. VII.

⁹¹ A. CEYHAN, « Enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », *Cult. Conflits*, vol. 64, n°4, 2006, pp. 33–47. A. MATTELART & A. VITALIS, *Le profilage des populations: Du livret ouvrier au cybercontrôle*. La découverte.

politiquement connoté⁹² et axiologiquement condamné⁹³ par une partie des doctrines des sciences sociales et ce glissement du « savant au politique » est dangereux pour l'étude de la biométrie. En effet, ce biais cognitif implique une mise à distance de l'objet désormais axiologiquement situé. Comme le remarquait M. Weber « *chaque fois qu'un homme de science fait intervenir son propre jugement de valeur, il n'y a plus compréhension intégrale des faits* »⁹⁴. Pourtant, au-delà de cette remarque, l'auteur comprenait que la neutralité pure n'est qu'une chimère, mais doit être un principe tuteur de toute démonstration à vocation scientifique.

26. Au contraire des cadres de réflexion mis en place dans les sciences dures, qui organisent la mise à distance des valeurs, notamment au travers le développement de la méthode expérimentale⁹⁵, les sciences sociales n'ont pas encore atteint le même degré de scientificité du fait de leur objet : des faits humains. Pourtant, il faut dépasser cette approche segmentée, dans la mesure où la méthode hypothético-déductive est aujourd'hui contestée dans les sciences dures, notamment vis-à-vis du statut de l'observation. Car, dans une approche conventionnelle « *une observation c'est une interprétation* »⁹⁶. Ainsi, l'élément fondateur de la méthode étant de nature éminemment subjectif, il entraîne par conséquent la rupture du caractère objectif au sens strict de la méthode scientifique. Cet impératif, propre à l'ensemble des champs de connaissance à vocation scientifique, se retrouve aussi dans notre science, puisque l'étude de ses objets, à savoir les normes, ne peut se faire en les considérant d'un point de vue axiologiquement connoté. Toutefois, cette occultation des valeurs tient plus, dans les sciences sociales, d'une obligation de moyens que de résultat, puisque nous sommes enfermées tant dans nos paradigmes que

⁹² Voir par exemple la pétition lancée par Charlie Hebdo et SOS racisme contre l'utilisation de tests ADN dans le cadre du regroupement familial : <http://www.touchepasamonadn.com/>.

⁹³ Voir notamment, G. DUBEY, « La condition biométrique. Une approche socio-anthropologique des techniques d'identification biométrique », *Press. Sci. Po, Raisons Polit.*, vol. 32, 2008, pp. 9–33. G. DUBEY, « Nouvelles techniques d'identification, nouveaux pouvoirs. Le cas de la biométrie », *Cah. Int. Sociol.*, vol. 125, 2008, p. 263. G. DUBEY, « Les deux corps de la biométrie », *Communications*, vol. 81, n°1, 2007, pp. 153–166. G. DUBEY, « L'identification biométrique : vers un nouveau contrôle social ? », *Varia*, vol. 39, 2008, pp. 63–78

⁹⁴ M. WEBER, *Le savant et le politique*. 1919, Union Générale d'Édition, p. 19. Disponible sur http://classiques.uqac.ca/classiques/WEBER/savant_politique/Le_savant.pdf

⁹⁵ C. BERNARD, Introduction à l'étude de la médecine expérimentale. Baillière, 1865.

⁹⁶ G. FOUREZ, *La construction des sciences, les logiques des inventions scientifiques*, 4^e ed, Bruxelles, De Boeck Université, Coll. Sciences, éthiques société, 2002, 382p. cité par G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, 2009, p. 641.

dans nos croyances. Ces dernières se retrouvent dans les analyses doctrinales dans deux types d'arguments.

27. L'argument de la pente glissante. Tout d'abord, l'argument de la pente glissante⁹⁷, c'est-à-dire l'idée selon laquelle autoriser une nouvelle utilisation de la biométrie conduirait inévitablement à sa généralisation, voire à l'inversion des catégories juridiques de principe et d'exception. Ce type d'argument repose sur un principe d'indissociabilité entre deux idées et toute condamnation éthique de l'une entraîne logiquement la condamnation de l'autre. Ainsi, si le fichage biométrique de masse est moralement condamnable et qu'il est lié avec un fichage biométrique limité, alors ce dernier est condamnable sur le plan des valeurs. Dès lors, ce type d'argument se base sur l'hypothétique existence d'un élément pour condamner l'existant. Concernant notre objet, cette logique se retrouve dans la condamnation principielle de la généralisation⁹⁸, voire de l'utilisation⁹⁹ de certains systèmes biométriques. Une variation de cet argument concernant cet objet tient dans l'analyse de la réification. Considérée comme la « *question éthique centrale* »¹⁰⁰, elle pourrait justifier l'interdiction des traitements biométriques sur le fondement de la dignité¹⁰¹. Ainsi, bien que l'identité pour l'État s'incarne dans l'état civil qui en a le monopole, son utilisation des systèmes biométriques comme preuve de l'état civil vaudrait disparition de cette identité, puisque cela entraînerait « *la réduction de la personnalité à l'humanité biologique* »¹⁰². Et si le

⁹⁷ « *Argument faisant valoir qu'il est préférable de ne pas s'engager dans une direction estimée au départ moralement acceptable, mais on anticipe qu'elle comporte des éventualités et des tentations futures qui seront suscitées par l'évolution des sciences des techniques ou des mœurs et dont on juge qu'elles sont contraires à la morale. Suivant l'argument de la pente glissante, les hommes succomberont peu à peu mais irrésistiblement à ces tentations devenues possibilités réelles, dès lors qu'ils auraient fait un premier pas dans leur direction* » Article « *pente glissante* », *Nouvelle encyclopédie de bioéthique: médecine, environnement, biotechnologie*. De Boeck Supérieur, 2001, p. 604.

⁹⁸ « *La généralisation, la centralisation et la divulgation, même accidentelle, d'informations biométriques comportant des indications d'ordre personnel doit donc impérativement être efficacement encadrée, afin d'éviter qu'elles ne réduisent l'identité des citoyens à une somme de marqueurs instrumentalisés et ne favorise des conditions de surveillance attentatoires à la vie privée* ». CCNE, avis n° 98, 20 juin 2007, .

⁹⁹ G. AGAMBEN, « Non à la biométrie », *Le monde*. 7 décembre 2005.

¹⁰⁰ CCNE, avis n° 98, 20 juin 2007, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*.

¹⁰¹ « *la collecte de ces éléments représentatifs de l'être touche la dignité humaine en ce qu'elle réduit chacun à l'extraction de son patrimoine biologique* ». CNCDH, Problèmes posés par l'inclusion d'éléments biométriques dans la carte nationale d'identité : contribution de la CNCDH au débat, Avis adopté par l'assemblée plénière du 1er juin 2006.

¹⁰² X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public*, thèse, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 22, 2003, p. 171

constat peut être discuté, la méthode employée pour trouver cette conclusion n'est pas axiologiquement neutre, puisque se basant sur un certain nombre de présupposés¹⁰³. Au contraire de l'analyse prospective qui se base sur une évolution sur un temps long, l'argument de la pente glissante se focalise sur la généralisation d'une nouveauté pour condamner axiologiquement cette dernière. D'ailleurs, cet argument de la pente glissante, prend souvent la forme d'une référence à des œuvres de science-fiction¹⁰⁴, comme risque de ce qui pourrait arriver, c'est d'ailleurs le sens de la mise en garde de R. FORNI au moment du débat parlementaire pour l'adoption de la loi informatique et libertés en 1978 « *Nous n'en sommes pas arrivés au monde prophétique annoncé par George Orwell dans « 1984 ». Mais le laisser-faire sur ce point précis des traitements privés pourrait nous en approcher.* »¹⁰⁵.

28. La réduction « ad hitlerium ». Ensuite, vient, la focalisation sur les errements du passé pour justifier une position axiologique, connue comme une réduction *ad hitlerium*. Elle est historiquement, définie par Leo Strauss, comme l'idée selon laquelle « *qu'Hitler ait partagé une opinion ne suffit pas à la réfuter*¹⁰⁶ ». Ce type d'argument prend le plus souvent la forme d'une confusion entre les finalités et les moyens mis en œuvre. Dans cette perspective, la mesure du corps serait à condamner en tant que telle, car elle fut utilisée par le passé à des fins raciales¹⁰⁷. Ce type d'argumentation est basé sur une confusion entre la finalité et l'outil, entre l'objectif et ses moyens ; cette absence de séparation conduisant inmanquablement à une condamnation éthique de l'ensemble des moyens. Partant, si l'étude de la fonction est tout aussi importante que celle de l'outil, il est possible de considérer ces deux éléments comme strictement séparés, invalidant ainsi, toute réduction *ad hitlerium* de notre objet.

¹⁰³O. CAYLA, « Dignité humaine le plus flous des concepts », *Le monde*, p. 14.

¹⁰⁴E., DEBAETS, *Le droit à la protection des données personnelles : Recherche sur un droit fondamental*, thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, présentée le 12 décembre 2014. p. 25 s.

¹⁰⁵R. FORNI, ORF 5 octobre 1977, débats parlementaires à l'Assemblée Nationale, 1ère session ordinaire de 1977-1978, compte rendu intégral – 2ème séance, 1ère séance du mardi 4 octobre 1977 relative à la Loi sur l'informatique et les libertés. Disponible sur <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1977-1978-ordinaire1/002.pdf>.

¹⁰⁶L. STRAUSS, *Droit Naturel et Histoire*, Coll Champs, 1986. p. 51.

¹⁰⁷A. PICHOT, *La société pure: de Darwin à Hitler*. Flammarion, 2000. p. 458. Et S. J. GOULD, *La Mal-Mesure de l'homme*. O. Jacob, 2009. p. 468.

29. Ces deux modes de pensée sont les principaux biais qui conduisent à une coloration axiologique de notre objet. Cependant, s'il faut s'en garder, chacun est intégré dans un système de valeur qui peut perturber une démarche à vocation scientifique. Comme le note Luc HEUSCHLING « *la neutralité axiologique équivaut à un déplacement des prises de position idéologiques du scientifique d'un lieu vers un autre, de l'espace scientifique « pur » vers un autre espace (l'espace voué à la politique)* »¹⁰⁸, il ne s'agit donc pas, au regard de notre présupposé axiologique, de nier mécaniquement ses apports à la compréhension de notre objet.

30. Ainsi, si la doctrine actuelle connaît quelques limites sur l'objet biométrie, il est possible, à partir de ces dernières d'en proposer une conceptualisation qui permette d'étudier la biométrie sans être pour autant tributaire d'un morcellement excessif des techniques, de sa marginalisation ou des études de sciences politiques. Cette remontée au concept permet de schématiser le fonctionnement de la biométrie et d'en étudier les conséquences juridiques.

¹⁰⁸ L., HEUSCHLING, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max WEBER », *Juspoliticum* n° 8 p. 4. Disponible en ligne.

Section 2 : Modélisation de la biométrie

31. Le premier problème que rencontre le juriste est la question de la classification des informations, comme le remarque G. TUSSEAU « *Du point de vue des juristes, afin de s'orienter dans le foisonnement institutionnel, législatif, jurisprudentiel, etc. contemporain, il est nécessaire, à l'égal des sciences de la nature de se doter de concepts pertinents, d'élaborer des schémas conceptuels permettant de composer, à partir d'éléments de ce désordre des unités significatives et relativement maniables* »¹⁰⁹.

32. Partant, il est possible de distinguer pour l'étude de notre objet trois niveaux de discours : la matérialité de l'usage, le droit et le discours sur ce dernier. Ces trois niveaux ne sont pas autonomes ou stratifiés, mais intimement et logiquement liés, puisque l'étude juridique de cet objet est conditionnée par sa matérialité ou l'ontologie de cet objet. De plus, la simple compilation des textes juridiques ne permet pas pour autant de tenir un discours sur le droit. Or, la prétention de cette recherche est de tenir un discours sur le droit qui ne se réduit pas à la simple présentation des règles de droit. Cette théorie sur l'objet « biométrie », ce métadiscours, est d'autant plus nécessaire qu'elle seule permet de modéliser notre objet afin de le faire sortir des contingences factuelles.

33. Néanmoins, il est apparu nécessaire de doter notre étude d'un cadre conceptuel (Paragraphe1) afin de pouvoir modéliser le fonctionnement de notre objet (Paragraphe2).

Paragraphe 1. Le cadre conceptuel de la biométrie

34. Pour G. Bachelard, « *rien ne va de soi, rien n'est donné. Tout est construit.* »¹¹⁰ Et pour ce faire, il convient d'établir le cadre qui permettra l'existence du concept. Ainsi, la construction de notre objet nécessite la mise en place d'un cadre afin de circonscrire notre étude. Dans cette perspective, l'intérêt d'établir une classification est double : d'abord donner des bornes à notre analyse afin de permettre l'existence d'une étude cohérente ; ensuite, utiliser un certain nombre de grilles d'analyse, de méthodes, de

¹⁰⁹ G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, 2009, p. 642.

¹¹⁰ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938, p. 14

définitions établies dans un domaine déterminé afin de construire notre objet, dans ce domaine. Cette délimitation est d'autant plus importante que « *l'épistémologie détermine l'ontologie*¹¹¹ », puisqu'elle conditionne l'utilisation et la validité des éléments et des méthodes utilisées dans notre démonstration. Classer notre étude, c'est avant tout la faire exister dans un champ disciplinaire pré établi, celui des droits fondamentaux (A) et aussi circonscrire notre étude aux bases de données étatiques (B).

A. Une étude dans le prisme des droits fondamentaux

35. Définitions des droits fondamentaux. Importée d'Allemagne la notion de droits fondamentaux est devenue fonctionnelle en droit français pour la doctrine après la décision du Conseil constitutionnel de 1971 *liberté d'association*¹¹². A la protection législative, qui singularisait les « libertés publiques », les droits fondamentaux opposent une sanctuarisation *supra* législative (constitutionnelle ou conventionnelle). C'est ainsi que l'expression « droits fondamentaux » se retrouve, parmi d'autres, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pour autant, notre analyse ne peut se baser uniquement sur une approche lexicologique, au risque de ne construire qu'une « *théorie des multiples usages de cette expression dans de multiples contextes* »¹¹³. Face à cette mise en garde, la doctrine se doit de rechercher, au-delà d'une approche lexicale, le critère de définition des droits fondamentaux comme concept juridique. Cette dernière voit s'opposer deux critères¹¹⁴ : le premier matériel est minoritaire en doctrine, alors que le second, formel, est le paradigme aujourd'hui dominant.

¹¹¹ D. FALLON, *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014. p. ??.

¹¹² Cons., Const., Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*

¹¹³ L. FAVOREU (Dir.), *Droit des libertés fondamentales*. Dalloz, 2013. p. 64.

¹¹⁴ il est possible de constater que cette dichotomie n'est pas la seule grille d'analyse des critères de définition des droits fondamentaux. En effet, pour certains auteurs, il existe quatre définitions possibles des droits fondamentaux : Axiologique, formelle, structurelle et commune. Voir notamment V., CHAMPEIL-DESPLATS, « les droits fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. Thème et commentaire, 2005 p. 31.

36. Conception substantielle. Définition marginale, la fundamentalité comme propriété constitutive d'un droit recoupe une vision immanente du droit, fortement imprégnée par les doctrines jusnaturalistes. Dans cette perspective, le caractère fondamental du droit se déduirait de son importance, en tant que tel, indépendamment de sa transcription dans le monde des normes. Comme l'avance le professeur E. Picard, « *c'est la fundamentalité qui doit justifier le régime et non pas l'inverse, car le régime ne justifie pas la fundamentalité : il ne fait qu'en découler et se borne, de notre point de vue, à signaler sa présence* »¹¹⁵. Dans cette perspective, le caractère fondamental des droits viserait ses bénéficiaires ou titulaires au premier rang desquels la personne humaine¹¹⁶. De plus, il est à noter que pour d'autres auteurs, le critère de la fundamentalité serait de nature procédurale, puisqu'elle dépendrait alors de la nature du contrôle opéré par le juge à savoir un contrôle de proportionnalité¹¹⁷. En outre, pour le Professeur B. MATHIEU, cette conception est plus opérationnelle dans le domaine de la bioéthique que la conception formelle¹¹⁸.

37. Conception formelle. Pourtant, il existe une autre définition de la fundamentalité désormais intimement liée à la constitutionnalité ; l'épithète « fondamental » ne désignant plus le fondement désormais anthropocentrique du droit, mais au contraire sa place dans la hiérarchie des normes, fondamental, puisque déterminant l'existence ou du moins la validité de l'ensemble des autres normes¹¹⁹. Et si cette position a connu quelques

¹¹⁵ E., PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° spécial 1998, p. 8.

¹¹⁶ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003. 962 p.

¹¹⁷ P., MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique. Thèse doctorale. 2 tomes. Aix-Marseille* : Ed. PUAM, 734 p.

¹¹⁸ « [...] le droit de la bioéthique traduit de manière privilégiée l'émergence d'un nouveau système juridique fondé essentiellement sur les droits fondamentaux. Non seulement l'importance accordée à ces droits fondamentaux, mais aussi la multiplicité et l'interaction des normes juridiques ou a-juridiques utilisées en matière de bioéthique témoignent de cette constitution d'un ordre ou la source formelle de la norme compte en définitive moins la substantialité du droit » B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM . Economica, 2000. p. 24.

¹¹⁹ « Cette nouvelle catégorie de droits apparaît avec un régime spécial de protection qui forme la réelle spécificité de la catégorie et la distingue des libertés publiques et des autres droits constitutionnels. L'exercice d'une liberté publique peut être, si le Parlement l'estime nécessaire, régi plus strictement qu'auparavant. L'exercice d'une liberté peut être soumis à un régime plus rigoureux si la situation a été illégalement acquise ou si la restriction est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi. A l'inverse, si les droits fondamentaux ne sont pas absolus parce qu'ils peuvent être conciliés avec d'autres principes constitutionnels et avec l'ordre public, le législateur ne saurait

critiques qu'elles concernent la théorie en tant que telle¹²⁰ ou ses fondements¹²¹, aujourd'hui cette conception formelle des droits fondamentaux est majoritaire en doctrine. Un droit est fondamental lorsqu'il est protégé par une norme *supra législative* de nature constitutionnelle ou conventionnelle.

38. Cette définition des droits fondamentaux permet d'établir une *archéologie* des modalités de protection de l'individu, dans la mesure où à chaque strate correspondrait formellement un vecteur de protection et qu'on assisterait sur le temps long à une *remontée* des instruments de protection au sein de la pyramide des normes. Ainsi, les droits de l'homme seraient cantonnés à un rôle symbolique, leurs textes représentant une « *constitution sociale* »¹²², séparée de l'ordre juridique. Quant aux libertés publiques intégrées à l'ordre juridique, elles seraient limitées à un rang législatif, alors que les droits fondamentaux auraient achevé ce processus dans la mesure où ils se trouvent désormais au sommet de la hiérarchie des normes. Cette évolution a pour corollaire une mutation des rapports entre l'État et le droit. Comme le remarque le Professeur A. VIALA « *les droits fondamentaux seraient aux libertés publiques ce que les principes de constitutionnalité et de conventionnalité qui charpentent l'État de droit sont au principe de légalité qui clôt l'Etat légal* »¹²³. Partant, cette mutation des droits et libertés a pour conséquence une évolution des rapports entre le Droit et l'État. Ainsi, à la non-soumission

intervenir que pour les rendre plus effectifs ». V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *Rec. Dalloz Sirey*, 1995, p. 329.

¹²⁰ « *Une telle approche sectorielle n'est pas en soi invalide (sinon la notion même de branche du droit perdrait toute pertinence), elle est simplement partielle ; surtout tout ne peut pas toujours et encore s'expliquer exclusivement par le seul opportunisme du juge. Les influences entremêlées des données législatives, constitutionnelles et internationales commanderaient aujourd'hui plus que jamais une théorie « décloisonnée » : à tout le moins une théorie qui prenne en considération autre chose que le rang de la source qui consacre un droit et autre chose que le simple jeu tactique du juge* ». L. BURGORGUE-LARSEN, « les concepts de liberté publique et de droit fondamental » in *l'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, J.-B., AUBY (dir) Dalloz, Thème et commentaires, p 398.

¹²¹ « *Plus spécialement, si l'on essaie en premier lieu de situer les droits fondamentaux dans la hiérarchie normative, on s'aperçoit qu'ils se retrouvent, dans toute cette structure normative, à peu près partout et qu'aucune norme ne peut en rendre compte, ni exclusivement ni intégralement, alors que, de prime abord, les droits fondamentaux ne devraient résider que dans la norme fondamentale* ». E., PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, n° spécial 1998, p. 10.

¹²² « *La constitution sociale est le fondement de la vie privée, laquelle passe avant la vie publique, de même que le droit privé passe avant le droit public ; ensuite, il est entendu que la constitution politique est pour la garantie des libertés individuelles, c'est-à-dire de la constitution sociale* ». M. HAURIOU, *Principe de droit constitutionnel*, 1929, p. 611. Disponible sur Gallica.fr.

¹²³ Article « Droits fondamentaux » A. VIALA in D., CHAGNOLLAUD ET G., DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 304.

de l'État au droit, théorisée dans le concept « d'État de police »¹²⁴, le concept « d'État légal » présupposait une soumission de l'administration, composante de l'exécutif, au droit. Ces deux hypothèses se singularisaient par une absence de limites normatives à la souveraineté. Le point de rupture à cette logique se trouve avec l'apparition du concept « d'État de droit », considéré comme une « machine de guerre »¹²⁵ idéologique, l'émergence de la notion d'État de droit implique la soumission de l'État au droit¹²⁶. Dans cette perspective, l'émergence des droits fondamentaux a profondément modifié ce rapport, puisque désormais l'État est soumis aux droits fondamentaux qui lui sont ainsi opposables. Dès lors, si certains auteurs ont encensé¹²⁷ ou dénoncé¹²⁸ l'extension des droits fondamentaux, il est possible de constater que « *plus que bien d'autres phénomènes, les droits fondamentaux structurent nos ordres juridiques contemporains et caractérisent le constitutionnalisme moderne comme la centralisation progressive du droit international public régional : ils limitent les attributions des majorités législatives et même des États* ». ¹²⁹ Ainsi, à la suite de certains auteurs, il est possible de constater

¹²⁴ « L'État de police est celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose : ce régime de police est fondé sur l'idée que la fin suffit à justifier les moyens ». R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Tome premier. [Ed. du CNRS] (Paris). p. 488. Disponible sur Gallica.bnf.fr.

¹²⁵ D. ROUSSEAU, « J. CHEVALLIER, L'État de droit », *Politix*, vol. 7, n°28, 1994, p. 164.

¹²⁶ « Le système du Rechtsstaat (Etat de droit) présuppose la possibilité d'une limitation de l'État, mais il dépasse de beaucoup la simple idée de limitation : parvenu à son complet développement, il implique que l'État ne peut agir sur ses sujets que conformément à une règle préexistante et en particulier qu'il ne peut rien exiger d'eux qu'en vertu de règles préétablies ». R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Tome premier. [Ed. du CNRS] (Paris). p. 232. Disponible sur Gallica.bnf.fr.

¹²⁷ « dans la notion de droits fondamentaux, l'unité de la matière (des droits de l'homme) est restaurée, les clivages sont dépassés. La catégorie des droits fondamentaux est apte à intégrer toutes les générations de droits et libertés, elle dépasse les préparations entre les disciplines, elle a une vocation universelle. On ne peut donc que se féliciter de voir acclimatée dans la doctrine française cette notion venue d'Allemagne » L. RICHER., « Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA*, n° spécial 1998, p. 1.

¹²⁸ « [...] Cette attitude doctrinale se traduit par des commentaires triomphants lorsque se produit cette soumission attendue, par des critiques acerbes, en revanche, à chaque fois que le Conseil d'Etat persiste à raisonner selon ses méthodes traditionnelles (par exemple en interprétant les lois d'habilitation comme n'ayant pas entendu autoriser l'auteur des ordonnances de l'article 38 à déroger aux principes généraux du droit au lieu de confronter ces dernières aux règles et principes constitutionnels) ou pire à s'aviser d'innover sur le terrain constitutionnel [...] ». P. WACHSMANN, « les droits fondamentaux sans le savoir ni le vouloir », in B. MATHIEU (dir.), 1958-2008. *Cinquantième anniversaire de la Constitution Française*. Dalloz, 2008, p. 565.

¹²⁹ L. FAVOREU (Dir.), *Droit des libertés fondamentales*. Dalloz, 2013. p. 64.

l'existence d'un certain « impérialisme » non plus du droit constitutionnel, mais des droits fondamentaux. Fils des phénomènes de constitutionnalisation¹³⁰ et d'internationalisation du droit qui modifieraient les frontières classiques entre les différentes branches du droit, au profit d'une subjectivisation de l'ensemble des règles. Concernant l'étude de notre objet sous le prisme étatique, la question de ses conséquences en matière de droits fondamentaux est légitime et n'a pas encore fait l'objet d'une étude doctrinale.

B. Une étude dans le prisme étatique

39. Dans cette étude, la définition donnée à l'État est la plus large possible puisqu'elle vise tant la personne morale que ses démembrements. Ce choix se justifie d'autant que tant les fonctions attribuées que les modalités de mises en œuvre de la biométrie sont organiquement délimitées, ou *a minima* fortement déterminées par le rôle de l'État. Trois arguments justifient la prédominance de l'État et de ses traitements dans notre étude.

40. Spécificité du droit positif. Tout d'abord, la distinction organique entre l'État et les autres personnes morales de droit public ou privé se retrouve depuis 2004¹³¹ dans la loi « informatique et liberté ». D'ailleurs, cette révision de la loi a profondément limité le rôle de la CNIL dans le contrôle des bases de données étatiques. Dès lors, ces dernières seraient le parent pauvre du droit des données à caractère personnel, notamment concernant la protection des droits fondamentaux. Et cette limitation du contrôle d'une autorité administrative indépendante rend d'autant plus prégnante la nécessité de procéder à une analyse des traitements biométriques étatiques puisque cette modification du régime juridique implique une plus grande latitude dans le choix du curseur de conciliation entre la défense de l'ordre public et la protection des droits fondamentaux. Ce dernier tendant alors davantage vers l'ordre public, au détriment des droits fondamentaux. Car, comme le remarquait dans une perspective plus généraliste O. Beaud « *Enfin, la dernière*

¹³⁰ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », dans *Mélanges en hommage à ROLAND DRAGO : l'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, p. 25.

¹³¹ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

question, la plus importante peut-être du point de vue politico-juridique, est celle de savoir comment tracer la ligne de démarcation séparant la liberté des individus (ou des groupes) de la « discipline sociale » ou de l'ordre public. »¹³².

41. Des finalités spéciales. Loin de la dichotomie classique des finalités mise en place par la CNIL, les traitements biométriques étatiques se singularisent par l'adjonction de finalités différentes, notamment l'identification. Cette dernière consiste à créer une nouvelle identité séparée de tout lien avec l'état civil. Dans cette perspective, les bases de données étatiques connaissent un encadrement juridique distinct de celui utilisé pour les bases de données des personnes privées. Par exemple, concernant la durée de conservation des données, elle est considérée comme proportionnée, quand elle est de quarante ans pour les personnes définitivement condamnées au sein du FNAEG, alors que ce délai très long serait inimaginable concernant les bases de données biométriques gérées par d'autres personnes morales. Cette appréhension à géométrie variable de la biométrie s'explique par le cadre alors donné aux finalités. Rattaché à des activités de police, qu'elles soient administrative¹³³ ou judiciaire¹³⁴, pour les traitements étatiques, il ne peut en être de même pour les traitements d'autres personnes¹³⁵.

42. Un argument factuel. Enfin, cette focale sur les bases de données biométriques étatiques connaît aussi une justification factuelle. En effet, malgré l'existence d'entreprises possédant des capacités importantes de traitements des informations, il est possible de constater que seul l'État, et par son biais les organisations internationales, sont en mesure de traiter un nombre important d'informations biométriques sur un temps long. Dès lors, de tels traitements généralisés ne peuvent donc être mis en place qu'à l'échelon étatique.

43. Ainsi, le choix de s'intéresser à titre principal aux bases de données biométriques étatiques implique logiquement de mener cette étude au sein du droit public, c'est-à-dire

¹³² O. BEAUD, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. », *Juspoliticum*, n° 5 *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, Actes du colloque organisé, le 14 mai 2010, par l'Institut Michel VILLEY, disponible en ligne.

¹³³ A titre d'illustration, l'installation de caméras de vidéoprotection par les maires sous le contrôle du préfet est un acte de police administrative.

¹³⁴ Par exemple, les prélèvements génétiques pour confondre un suspect sont des mesures d'enquête rattachées logiquement à une activité de police judiciaire.

¹³⁵ CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*

au sein du « droit de l'État »¹³⁶. Il s'agit là, davantage d'une indication que d'un impératif dans la mesure où la distinction entre droit public et droit privé est inopérante en droit conventionnel et que notre objet, notamment dans son rapport avec l'identité étatique, baigne dans le droit privé. En effet, l'identité de la personne physique est organisée par le Code civil et l'ensemble des contentieux attenants sont de la compétence du juge judiciaire.

44. Une fois le cadre posé (Paragraphe1), il est possible d'esquisser un modèle pour notre objet (Paragraphe2).

Paragraphe 2. Le concept de biométrie

45. Au-delà du cadre, il convient de rechercher un modèle à la biométrie, c'est-à-dire « une représentation schématisée d'un objet quelconque : 'chose' matérielle, situation sociale, conduite humaine, etc., destinée à en faire apparaître certains traits significatifs [. ...]. comme la grille apposée sur un message secret, il permet de déchiffrer une réalité complexe, en éliminant tous les éléments inutiles (non significatifs) pour laisser apparaître les seuls qui soient porteurs d'un sens pour celui qui l'utilise »¹³⁷. Concernant la biométrie, le modèle du syllogisme fournit la grille d'explication la plus pertinente. Non pas comme modèle du raisonnement judiciaire popularisé par l'École de l'exégèse, mais le syllogisme aristotélicien¹³⁸ dont la structure ternaire – majeure, mineure, conclusion¹³⁹ — est applicable à la biométrie. En appliquant le modèle du syllogisme à la biométrie, la prémisse majeure est constituée de l'imputation d'une représentation numérique d'une mesure corporelle à une personne physique. L'État, ou tout tiers, récolte une mesure corporelle et l'attribue à une personne physique déterminée. La mineure quant à elle est constituée par le relevé d'une empreinte, ou d'un élément

¹³⁶ « En droit positif contemporain, le droit public est le droit de l'Etat. Il en dit l'existence, les droits et les devoirs » D. TRUCHET, *le droit de l'Etat, que sais-je ?*, p. 9–10.

¹³⁷ M. VIRALLY, « Le phénomène juridique », in *Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans.*, Paris, P.U.F., 1990, p. 38.

¹³⁸ « Le syllogisme est un raisonnement où, certaines choses étant prouvées, une chose autre que celles qui ont été accordées se déduit nécessairement des choses qui ont été accordées » ARISTOTE cité par : AULUGELLE, *Les Nuits Attiques* : Livre 15, Ch. 26.

¹³⁹ « Le syllogisme dit théorique consiste à déduire d'une proposition générale (la prémisse majeure), sous laquelle est subsumée une proposition particulière (la prémisse mineure), une conclusion. Si les deux premières propositions sont vraies, la conclusion l'est aussi... ». V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Méthodes Dalloz, 2014. p. 48.

permettant la représentation numérique des mesures corporelles. La conclusion résulte de la comparaison entre les propositions majeure et mineure. En application du syllogisme, une donnée biométrique est imputée à une personne (Proposition majeure), une autre version de cette donnée est trouvée (proposition mineure) donc cette donnée est imputable à la personne physique (conclusion). Pourtant, cette modélisation est un système clos, un Ouroboros logique, puisque attribuer une donnée déjà attribuée à une personne physique n'est d'aucune utilité. Dès lors, il faut étayer la proposition majeure pour avoir un modèle fonctionnel. Ainsi, le syllogisme biométrique pour avoir une quelconque utilité comme modèle ne peut être strictement autonome et dénué de tout lien avec d'autres objets juridiques. Ainsi, il nécessite pour être pleinement opérationnel une modification de sa proposition mineure, afin de rattacher la comparaison biométrique à d'autres informations organisées par le droit.

46. Dans cette perspective, la donnée corporelle imputée à la personne est aussi liée à d'autres données, différentes par nature, puisque non relatives à des mesures corporelles. Il peut s'agir notamment de l'état civil, de la localisation du capteur, de la date ou d'un numéro de série concernant un papier d'identité. Et ce sont ces données qui modifient la conclusion du syllogisme. Dès lors, la comparaison ne débouche pas sur ses propres données, mais bien sûr de nouvelles données séparées. Partant, c'est donc la corrélation entre les représentations numériques des mesures corporelles et les données extérieures aux techniques biométriques qui déterminent l'utilisation de la biométrie. Donc, le syllogisme qui nous servira de modèle est le suivant : deux données biométriques sont comparées, l'une enregistrée préalablement (proposition majeure), l'autre au moment de la comparaison (proposition mineure). En cas de correspondance, les données non corporelles en rapport avec la première sont mises en lien avec la seconde et un certain nombre de conséquences en sont tirées (identité de la personne, authenticité d'un document, localisation...).

47. Ainsi, la conclusion est déterminée par la donnée non biométrique mise en relation : liée à l'état civil, la biométrie permet d'identifier la personne physique ; liée à une pièce d'identité, elle permet de l'authentifier ; en rapport avec un capteur déterminé, elle permet de la localiser. Ainsi, nous pouvons distinguer au sein de la biométrie deux types de données (résultant soit de la majeure, soit de la conclusion) et une articulation entre les deux. Si cette articulation désignée en droit français comme « *un traitement de données à caractère personnel* » n'appelle pour le moment aucune remarque, concernant

les représentations numériques des mesures corporelles, elles sont créées grâce au recours à un certain nombre de techniques. Le mot « technique » n'est alors pas utilisé dans son acception strictement scientifique¹⁴⁰, mais vis-à-vis de la mesure corporelle utilisée. À titre d'illustration la multiplication des procédés permettant d'obtenir les empreintes génétiques d'une personne déterminée, ne constitue, pour nous, qu'une seule technique biométrique relative aux empreintes génétiques, dans la mesure où au-delà de l'unicité des modalités d'enregistrement, elles sont désignées comme telles dans le droit positif. Dans cette perspective, les bases de données contenant des empreintes, qu'elles soient génétiques ou digitales, ne sont pas « remises à zéro » à chaque fois qu'une nouvelle technique de prélèvement est utilisée. Dès lors, ont été chronologiquement utilisées les techniques relatives aux empreintes digitales, aux empreintes génétiques, à l'iris, à la reconnaissance faciale et enfin au réseau veineux de la main.

48. Vie privée et données. Cette distinction entre les données utilisées et les données secrétées par la biométrie n'est pas uniquement une conséquence pratique de la modélisation, puisqu'elle nous permet aussi de clarifier les rapports entre la biométrie et la vie privée. Ayant accédé tardivement, et sous l'influence du droit conventionnel au statut de droit fondamental, la vie privée, cache derrière l'unité du mot, une multiplicité de concepts. Partant, à la suite de nombreux auteurs, nous pouvons distinguer en son sein, l'intimité comme « noyau dur » de la vie privée¹⁴¹, d'autres éléments utilisés par la personne dans ses interactions sociales. Face à cette distinction, les données utilisées par la biométrie, à savoir les mesures du corps, concerneraient l'intimité de la vie privée, en ce que le corps est « *l'ultime refuge de la vie privée* »¹⁴² alors que les données secrétées par les systèmes biométriques ne porteraient que sur les échanges sociaux de la personne, composante plus récente et ajoutée sous l'influence du droit conventionnel à ce droit fondamental¹⁴³. A titre d'illustration, pour la Cour européenne des droits de l'homme au

¹⁴⁰ « Ensemble des procédés et des moyens pratiques propre à une activité » Article « technique » *Grand Larousse illustré*. 2014.

¹⁴¹ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, vol. 3. Montchrestien, 2014, p. 428.

¹⁴² TGI Paris, réf., 14 mai 1974 : D. 1974, jurispr. p. 766

¹⁴³ « *les relations personnelles, sociales ou économiques [...] sont constitutives de la vie privée de tout être humain* » CEDH, GC, , 9 oct. 2003, *Slivenko c/ Lettonie*, n° 48321/9.

terme de son interprétation dynamique et extensive de la notion de vie privée¹⁴⁴, la simple conservation des empreintes génétiques¹⁴⁵ ou digitales¹⁴⁶ et plus généralement des données biométriques est analysée comme une ingérence dans la vie privée de la personne. Au contraire, concernant les données qui concluent le syllogisme (l'authentification d'un document, l'identification ou la localisation de la personne), elles ne font guère l'objet de cette protection ontologique, mais plutôt d'un encadrement juridique standard en fonction du traitement appliqué aux données.

A. Les informations utilisées par la biométrie

Les mesures des données corporelles utilisées par la biométrie sont créées par des techniques biométriques qui permettent de transformer l'échantillon biologique support (un doigt, un cheveu) en mesures pouvant faire l'objet d'un traitement informatique. Partant, si les informations utilisées par la biométrie se basent sur une conjecture (3), il est possible de classer leurs différentes techniques d'acquisition (1), dont l'opportunité quant à leur sélection dépend de contingences factuelles (2).

1. Une présentation des techniques biométriques

49. Doctrines de la CNIL. Pour les informations utilisées par la biométrie, la CNIL a alors mis en place une classification binaire des systèmes biométriques, en fonction de la nature des données utilisées : les procédés dits avec trace et les procédés sans trace. Les procédés avec trace, dans la mesure où ils permettaient un traitement différé dans le temps et ne nécessitant pas la présence de la personne, devaient théoriquement être soumis à un contrôle accru. Comme le remarque la CNIL au début des années 2000 « *à la différence d'autres données biométriques, les empreintes digitales laissent des traces qui peuvent être exploitées à des fins d'identification des personnes à partir des objets les plus divers que l'on a pu toucher ou avoir en main ; que la constitution d'une base de données*

¹⁴⁴ F. SUDRE, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* : Bruylant, 2005

¹⁴⁵ CEDH, *Van der Velden c. Pays-Bas*, n° 29514/05,

¹⁴⁶ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04

d'empreintes digitales est dès lors susceptible d'être utilisée à des fins étrangères à la finalité recherchée par sa création »¹⁴⁷. Cette caractéristique est alors considérée comme centrale.

50. Mais peu à peu, une autre doctrine a émergé, qui se base désormais sur une triple distinction en fonction des utilisations de la biométrie par les personnes morales non étatiques : la biométrie de sécurité, de service et les expérimentations¹⁴⁸. Concernant la biométrie de sécurité, le consentement de la personne n'est pas nécessaire, il n'existe pas de système alternatif et elle est soumise au régime de l'autorisation¹⁴⁹. La biométrie dite de service, se voit, elle, soumise à l'exigence d'un consentement de la personne, rend nécessaire des solutions alternatives et ses traitements font désormais l'objet, en principe, d'une autorisation unique¹⁵⁰. Quant aux expérimentations, il s'agit de l'ensemble des demandes d'autorisations émanant de laboratoires de recherches sur la biométrie. Pour ces dernières le régime juridique se rapproche des utilisations de sécurité. Pourtant, ce travail se focalisera sur la biométrie de sécurité et n'utilisera que marginalement la biométrie de service.

51. En effet, cette dernière a connu ces dernières années un développement très important sans que pour autant cette augmentation du nombre de systèmes biométriques n'ait entraîné une remise en cause du droit positif. Ainsi, son utilisation dans le contrôle d'accès à des locaux, qu'ils soient salle de sport¹⁵¹, d'examen¹⁵², ou de jeux¹⁵³, n'entraîne pas pour autant une mutation de la biométrie ou de ses finalités. Tout comme, en elles-mêmes, les autres utilisations de confort, gestion des mots de passe¹⁵⁴, des cartes de

¹⁴⁷ CNIL, Délibération n°00-015 du 21 mars 2000 portant avis sur le traitement automatisé d'informations nominatives, mis en œuvre par le collège Jean Rostand de Nice, destiné à gérer à la cantine scolaire par la connaissance des empreintes digitales (demande d'avis n° 636.783)

¹⁴⁸ F., Pillet, *Rapport sur la proposition de loi de M. Gaëtan GORCE et plusieurs de ses collègues visant à limiter l'usage des techniques biométriques*, Sénat, 2015, n° 465. p. 28 s.

¹⁴⁹ l'Article 25§ 8 de la Loi informatique et libertés fait rentrer dans le champ de l'autorisation préalable « Les traitements automatisés comportant des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes ».

¹⁵⁰ Article 24 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

¹⁵¹ CNIL, Centre de culture physique d'Aquitaine, délibération n°2009-311 du 7 mai 2011.

¹⁵² CNIL, GMAC et Pearson Education France, délibération n° 2009-360 du 18 juin 2009.

¹⁵³ CNIL, Cercle Wagram, délibération n°2010-311 du 16 décembre 2010.

¹⁵⁴ Par exemple, le développement des systèmes dit BYOD « bring your own device », c'est-à-dire l'existence de capteurs dans des appareils courants comme les téléphones ou les ordinateurs portables, peut

fidélité¹⁵⁵. Cette massification des utilisations et cette multiplication des capteurs n'ont pas entraîné une mutation du droit. En outre, la distinction entre biométrie de service et biométrie de sécurité recoupe en grande partie la distinction que la CNIL opère entre enregistrement dans une base de données centrale, quasi-monopole de l'État et de ses démembrements et enregistrement dans un support individuel dont l'utilisation est ouverte à l'ensemble des personnes morales. Dans cette perspective, la biométrie sur support individuel se trouve encouragée par la CNIL. Pourtant, ce classement élude les conséquences et la spécificité juridiques des données biométriques, au profit d'une interrogation plus générale sur les bases de données et leur utilisation. Partant de ce constat, nous nous focaliserons sur la distinction développée par le législateur et utilisée par la CNIL qui porte sur la nature des données (sans trace et avec trace), ainsi que sur une construction doctrinale : les données traçantes.

52. Données avec traces. Les procédés avec trace peuvent être définis comme la mesure d'une empreinte, c'est-à-dire la lecture d'une mesure corporelle déposée sur un objet, pour déterminer une mesure présente sur le corps de la personne. Ils ne supposent donc pas la présence de la personne pour enrôler des informations la concernant. D'ailleurs, c'est cette caractéristique qui a hâté le développement de la biométrie ou de ses devancières comme moyens d'enquête. Objet de la théorie du transfert¹⁵⁶ en matière d'enquête policière, l'existence de traces a entraîné les premiers fichages pour retrouver les délinquants. Historiquement premiers, les procédés avec trace se sont d'abord réalisés dans l'utilisation de l'empreinte digitale, puis dans un second temps dans l'utilisation des empreintes génétiques.

être interprétée comme de la biométrie de service, échappant pourtant à la compétence de la CNIL, puisqu'en vertu de l'article 2 de la loi informatique et libertés de 1978 sont exclus du champ d'application de la loi les traitements strictement personnels.

¹⁵⁵ CNIL Chambre de commerce et d'industrie de Nice –Cote d'azur, délibération n°2005-115 du 7 juin 2005.

¹⁵⁶ « 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, squames, terre, etc.. Qu'ils soient de nature physique, chimique ou biologique, ces indices, une fois passés au crible d'examen de plus en plus sophistiqués, parlent et livrent le récit du crime avant de permettre au lecteur-enquêteur de déchiffrer la signature de l'auteur-coupable » E. LOCARD cité par M. C. CABAL, AN n° 3121, rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire.

53. Les empreintes digitales. Utilisées depuis le XIXe siècle¹⁵⁷ en Occident, les empreintes digitales sont la représentation des glyphes et sillons c'est-à-dire des dessins de l'épiderme des doigts. Mais cette technique, à l'origine anthropométrique¹⁵⁸, n'a réellement pris son essor qu'avec son automatisation. Puisque ce procédé avec trace a alors pu être utilisé à plus grande échelle de manière quasi instantanée, cette évolution se traduit aujourd'hui par l'existence d'un capteur portatif dans des téléphones ou des ordinateurs. Dès lors, technique reine des systèmes biométriques la reconnaissance des empreintes digitales peut être utilisée pour de multiples finalités, tant aux fins d'authentifier¹⁵⁹ un document que dans la perspective d'identifier une personne¹⁶⁰. La doctrine de la CNIL concernant ces empreintes se montre plus permissive dans l'hypothèse où l'information est stockée sur un support individuel que lorsque cette dernière est enregistrée dans une base de données centrale. Mais aujourd'hui dans l'imaginaire collectif et dans l'utilisation des données biométriques dans les fichiers de police, il est possible de constater qu'une autre information biométrique reprenant l'organisation mise en place pour les empreintes digitales est en train de supplanter ces dernières : les empreintes génétiques.

54. Les empreintes génétiques. L'aspect identificatoire des empreintes génétiques a été découvert au début des années quatre-vingt en Angleterre¹⁶¹. Autorisée en France depuis 1998¹⁶², l'utilisation des empreintes génétiques afin d'identifier une personne physique, est, en matière de police, organisée autour d'une base de données centrale : le fichier national automatisé des empreintes génétiques¹⁶³(FNAEG). Ce dernier,

¹⁵⁷ Voir avant, il semblerait que l'empreinte digitale ait été utilisée en Chine durant l'Antiquité pour authentifier des relations commerciales.

¹⁵⁸ Voir Supra p. 358 et s..

¹⁵⁹CNIL, Autorisation unique n° AU-008, adoptée par la délibération n° 2006-102 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail

¹⁶⁰ Voir notamment le décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

¹⁶¹ On doit à Sir ALEC JEFFREY, la découverte du caractère unique de certains segments d'ADN, ainsi que la mise en place du premier procédé d'identification des personnes physiques utilisant ces codons en 1985.

¹⁶² Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

¹⁶³ Organisé aux articles 706- 54 et s. du code de procédure pénale, le FNAEG est aujourd'hui en France la seule base de donnée centralisée contenant des empreintes génétiques.

aujourd'hui interconnecté¹⁶⁴, contient plus de 200 000 profils et a permis un développement de ce mode de preuve, parfois considéré comme la « *preuve absolue* »¹⁶⁵. Il existe pourtant d'autres dispositions que celles relatives au FNAEG qui utilisent les tests génétiques, notamment en matière de contestation ou de reconnaissance de paternité¹⁶⁶. Néanmoins, ces dispositions ont été exclues de cette recherche. Dans ces hypothèses, la comparaison ne porte pas sur des données imputées à une même personne, mais bien structurellement à deux personnes différentes. Il n'y a plus de reconnaissance de la personne possible, puisque ce n'est pas le caractère identique des données qui est recherché, mais leurs relations causales afin de confirmer ou d'infirmer un lien de paternité. La question est alors de savoir, comment la première donnée peut ou non, en appliquant les règles de l'hérédité, déterminer la seconde donnée. Il s'agit alors d'un modèle différent de celui appliqué aux techniques biométriques. Puisque ce n'est pas la correspondance *stricto sensu* qui est recherchée, mais bien les relations entre les deux données.

55. Ainsi, les données avec trace recoupent aujourd'hui les empreintes génétiques et digitales. Et leur nature même, l'émission de traces involontaires et non volatiles leur donne un caractère central pour la résolution d'enquêtes policières. Pourtant, les empreintes digitales ne doivent pas être limitées à leur utilisation dans la résolution des enquêtes. En effet, l'empreinte digitale est aujourd'hui la technique biométrique la plus utilisée que ce soit pour l'authentification des documents d'identité¹⁶⁷, le contrôle d'accès

¹⁶⁴ Traité entre le royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche, relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, signé à Prüm le 27 mai 2005

¹⁶⁵ Y. PADOVA, « A la recherche de la preuve absolue. Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes », *Arch. Polit. criminelle*, vol. 26, 2004, p. 71. ; A. SCHLENK & O. PASCAL, « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ Pénal*, 2004, p. 24.

¹⁶⁶ L'utilisation des tests génétiques en matière civile est autorisée par l'article 16-11 du code civil qui précise « [...] *En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort* ».

¹⁶⁷ Voir notamment Règlement (CE) N°2252/2004 DU CONSEIL du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres

d'appareils¹⁶⁸ ou de locaux¹⁶⁹ ou pour identifier un individu¹⁷⁰. Car, indépendamment des qualifications juridiques, une donnée avec trace peut être aussi utilisée comme une donnée sans trace.

56. Données sans trace. Quant à la catégorie des données sans trace, qui nécessite pour leur enregistrement ou leur comparaison la présence de la personne, elle connaît aujourd'hui trois techniques principales utilisant l'iris, le réseau veineux et le contour de la main. Ces trois mesures ne peuvent avoir lieu sans la présence physique de la personne et difficilement à l'insu de celle-ci. Relevant du régime d'autorisation de la CNIL, l'utilisation de la représentation de l'iris ou de la rétine est considérée comme très intrusive par les individus¹⁷¹. Pourtant, l'évolution des techniques aidant, il est désormais possible d'utiliser cette technologie à distance, la rendant alors « moins intrusive » pour les personnes. Néanmoins, ses hypothèses d'utilisation sont rares et si quelques expérimentations existent, notamment à l'aéroport d'Amsterdam, il ne s'agit pas, à l'heure actuelle, d'une technologie biométrique mature.

57. Le contour et le réseau veineux de la main. Procédure sans trace, le contour de la main a, tout comme le réseau veineux, l'avantage d'être non intrusif, puisqu'il permet de *photographier*, des mesures prises sur la main. Son utilisation est soumise principalement à un régime d'autorisation par la CNIL, même si la mise en place d'un

¹⁶⁸ En 2014, les deux plus grands constructeurs mondiaux de téléphones ont implémenté un capteur d'empreintes digitales afin de verrouiller ou déverrouiller le téléphone. Ce type de traitement en tant que « *traitements mis en œuvre pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles* », est en vertu de l'article 2 de la loi informatique et liberté, en dehors du champ de compétence de cette dernière et ne fait donc l'objet d'aucun contrôle.

¹⁶⁹ Voir notamment, CNIL, 27 avril 2006, Autorisation unique n° AU-008 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail.

¹⁷⁰ Pour exemples, le Fichier automatique des empreintes digitales en France ou le système d'information Visa à l'échelon européen utilise les empreintes digitales pour identifier les individus et non pas simplement authentifier des documents d'identité.

¹⁷¹ CREDOC, *Les Français se montrent réservés sur l'usage de la biométrie dans la vie quotidienne*, Collection des Rapports, CRÉDOC, n° 291, mai 2013.

système de contrôle d'accès au lieu de travail¹⁷² ou aux cantines scolaires¹⁷³ peut se faire par une déclaration de conformité. Pourtant, cette technique est amenée à se développer dans la mesure où elles sont à la fois très discriminantes, fiables avec un taux de faux positifs relativement faible. Néanmoins, il est possible de constater que le contour de la main, loin d'être classé dans une seule des catégories, est considéré dans l'une ou l'autre en fonction de la finalité poursuivie. Ainsi, utilisée dans des fichiers de police, il est rattaché à une donnée avec trace¹⁷⁴, alors qu'utilisée par des personnes morales non étatiques, elle devient une donnée sans trace, pouvant bénéficier d'une autorisation unique¹⁷⁵.

58. Données traçantes. Au-delà des techniques sans trace et avec traces, aujourd'hui se développent des procédés avec traces artificielles ou procédés dits « traçants »¹⁷⁶, ce système technique générant lui-même les traces utiles pour une exploitation ultérieure. Tout d'abord, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme, il est possible de considérer que la voix peut être utilisée pour identifier la personne¹⁷⁷ *a posteriori*, la captation de la voix constituant alors une trace artificielle. Cette catégorie a été enrichie très récemment par les procédés de reconnaissance faciale. En effet, dernière catégorie de technique biométrique à avoir servi de fondement à ce travail, la reconnaissance faciale est une technologie très récente, dont les développements n'étaient que difficilement perceptibles il y a encore cinq ans et qui se généralise. Pour l'État dans son activité de

¹⁷² CNIL, Autorisation unique n° AU-007 - Délibération n°2012-322 du 20 septembre 2012 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail. Et CNIL, Autorisation unique n° AU-019 - Délibération n°2009-316 du 7 mai 2009 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance du réseau veineux des doigts de la main et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail.

¹⁷³ CNIL, Autorisation unique n° AU-009 - Délibération n°2006-103 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel reposant sur l'utilisation d'un dispositif de reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalité l'accès au restaurant scolaire

¹⁷⁴ Voir notamment l'article 2 du décret n° 2005-585 du 27 mai 2005 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur*.

¹⁷⁵ Voir à titre d'illustration : CNIL, Autorisation unique n° AU-007 - Délibération n°2012-322 du 20 septembre 2012 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail

¹⁷⁶ F., PILLET, Rapport n° 465, Sénat sur la proposition de loi de M. Gaëtan GORCE et plusieurs de ses collègues visant à limiter l'usage des techniques biométriques.

¹⁷⁷ CEDH, 25 septembre 2001, *P.G et J.H c. Royaume Uni*, n° 44787/98.

police, la création du traitement des antécédents judiciaires¹⁷⁸ en remplacement du STIC¹⁷⁹ et du FIJAIS¹⁸⁰, le développement de la vidéoprotection¹⁸¹, ou la publication mensuelle par le ministère de l'Intérieur des faits élucidés grâce à la vidéoprotection¹⁸², sont autant de preuves que cette technologie, inexistante il y a cinq ans, va devenir dans les prochaines années la technologie biométrique centrale. En tant que technique traçante, son efficacité est fonction du nombre de caméras en mesure de créer des traces artificielles. D'ailleurs, l'apparition de normes législatives¹⁸³ ou réglementaires¹⁸⁴ visant à interdire à la personne de masquer son visage peut s'analyser comme un facteur supplémentaire d'efficacité de ces systèmes biométriques.

2. Les critères de choix des techniques

59. Opportunité de l'utilisation des techniques. Quant à l'opportunité du choix entre ces techniques, il faut constater que leur multiplication prouve que la technique biométrique parfaite n'existe pas et que le concept de preuve ne dispose pas dans le monde juridique des mêmes objets ni des mêmes caractéristiques¹⁸⁵ que dans le monde scientifique¹⁸⁶. Sans même s'interroger sur la preuve au sens mathématique, c'est-à-dire la preuve qui détermine une vérité objective, la preuve en ce qui concerne la biométrie

¹⁷⁸ Décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 relatif au traitement d'antécédents judiciaires

¹⁷⁹ Le Système de traitement des infractions constatée, prévu par l'article 21 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure » I. - *Les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale peuvent mettre en œuvre des applications automatisées d'informations nominatives recueillies au cours des enquêtes préliminaires ou de flagrance ou des investigations exécutées sur commission rogatoire et concernant tout crime ou délit ainsi que les contraventions de la cinquième classe sanctionnant un trouble à la sécurité ou à la tranquillité publiques ou une atteinte aux personnes, aux biens ou à l'autorité de l'Etat, afin de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs. Ces applications ont également pour objet l'exploitation des informations recueillies à des fins de recherches statistiques... »*

¹⁸⁰ Système Judiciaire de Documentation et d'Exploitation

¹⁸¹ Voir notamment le Titre V du code de la sécurité intérieure relatif à la vidéoprotection.

¹⁸² Mois par mois la liste des faits et disponible sur : <http://www.interieur.gouv.fr/Videoprotection/Actualites>

¹⁸³ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO 3 mars, p. 4128

¹⁸⁴ Décret du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique.

¹⁸⁵ Car, il n'existe pas scientifiquement de preuves irréfragables, puisqu'elles ne sont valides que dans un paradigme déterminé. Voir notamment T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*. Flammarion, 2008.

¹⁸⁶ « Ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait ». Article Preuve, É. LITRE, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000.

peut être définie comme l'existence d'une probabilité considérée comme acceptable dans une utilisation donnée. Quatre indicateurs viennent déterminer cette probabilité : le taux de faux positifs¹⁸⁷, le taux de faux rejets¹⁸⁸, le pourcentage d'impossibilité d'enrôlement et le caractère discriminant de ces techniques.

60. Faux positifs et négatifs. Un faux positif existe, quand la comparaison renvoie une correspondance alors même que les données appartiennent à deux personnes physiques distinctes ; le système biométrique étant alors dans l'impossibilité de distinguer les deux individus. Parfois, l'existence de ce faux positif est connue et crée des conséquences juridiques. C'est par exemple l'hypothèse d'indifférenciation génétique des vrais jumeaux¹⁸⁹, bien que cette dernière soit aujourd'hui invalidée¹⁹⁰ et que des tests génétiques discriminant les jumeaux monozygotes existent¹⁹¹. L'existence d'un faux négatif (faux rejet) est constituée lorsque le système conclut à l'existence de deux personnes, alors que les informations appartiennent à une seule et même personne.

61. L'impossibilité d'enrôlement. Quant au pourcentage d'impossibilité d'enrôlement (FTE), il désigne les cas où la technique ne permet pas l'enregistrement des mesures eu égard à des causes internes ou externes à la technique biométrique. Les causes externes renvoient à l'inexistence ou à l'altération du support ; comme un doigt amputé ou des empreintes altérées¹⁹². L'enregistrement n'est alors pas possible, puisque le support en lui-même n'existe pas. Quant aux causes internes à la technique, elles visent une incapacité d'enregistrer des valeurs anormales ou s'éloignant trop de la moyenne. A titre d'illustration et ce n'est qu'une image, une toise trop petite. Ce taux est relativement important puisqu'il détermine en miroir le taux de personnes qui sont exclues du système, et donc insusceptibles de bénéficier des finalités pour lesquelles a été mise en place la biométrie. Néanmoins les conséquences de cette impossibilité sont variables en fonction du type de biométrie utilisée. Concernant la biométrie dite de sécurité, l'absence de

¹⁸⁷ Désigné le plus souvent par l'acronyme *False Acceptation Rate*, FAR.

¹⁸⁸ Désigné le plus souvent par l'acronyme *False Rejection Rate*, FRR.

¹⁸⁹ P. SAINT-PAUL, « La police allemande ne peut désigner le jumeau coupable », *Le figaro*, 20 mars 2009.

¹⁹⁰ L. ALEXANDRE, « Les vrais jumeaux n'existent pas », *Le monde*, 13 décembre 2012. ; . WEBER-LEHMANN, E. SCHILLING, G. GRADL, D. C. RICHTER, J. WIEHLER, & B. ROLF, « Finding the needle in the haystack: Differentiating “identical” twins in paternity testing & forensics by ultra-deep next generation sequencing », *Forensic Sci. Int. Genet.*, vol. 9, n°1, 2014, pp. 42–46.

¹⁹¹ Ces tests ont été développés par la société eurofins, l'un des leaders européen des tests génétiques. Voir notamment : <http://www.eurofins.fr/>.

¹⁹² J.-M., MANACH, « les doigts brûlés de Calais », *Le monde diplomatique*, 25 septembre 2009.

moyen alternatif laisse la personne à l'entrée du système. Au contraire, concernant la biométrie de confort, la personne peut justement utiliser un moyen alternatif. D'ailleurs, il est possible de constater que ce taux d'impossibilité d'enrôlement, qui tend vers zéro, est nul concernant le prélèvement des empreintes génétiques directement sur la personne. Enfin, le caractère discriminant de la technique désigne le pourcentage de chance que deux personnes disposent des mesures corporelles identiques alors qu'il ne s'agit pas d'une erreur dans la mesure, mais d'une égalité stricte dans cette dernière, le système biométrique renvoyant à une correspondance alors qu'il s'agit de mesures prises sur deux personnes distinctes. Et c'est ce dernier caractère qui fonde structurellement le caractère probabiliste de la preuve par la biométrie. Dans l'hypothèse où le nombre de mesures possibles est inférieur au nombre de personnes, le caractère aléatoire dans la distribution de ces dernières implique qu'elles peuvent être identiques chez deux personnes même sans lien.

62. Incomplétude structurelle de la définition par liste. Pourtant, au-delà des critères de choix d'utilisation des techniques biométriques, ce travail se propose, non pas de faire une photographie à un moment donné du droit applicable aux techniques biométriques existantes, mais de tenter de théoriser et de retracer les évolutions de l'utilisation des systèmes biométriques, en ne posant pas comme obstacle dirimant les limitations actuelles de la technique. Car rien ne peut nous permettre d'affirmer ou d'infirmer que les propriétés attribuées à ces éléments aujourd'hui le seront toujours dans le futur. Par exemple, nous ne pouvons affirmer que les marqueurs utilisés dans les systèmes biométriques aujourd'hui seront toujours considérés comme hautement discriminants. Pour la science, comme pour la justice, il existe un « voile d'ignorance » et nos certitudes d'aujourd'hui seront les mythes de demain¹⁹³. Et même cette absence de focale sur des techniques précises ne met pas à l'abri ce travail d'une obsolescence rapide, puisque se basant sur l'état actuel des sciences et des techniques. Pour reprendre la formule consacrée, notre champ de recherche est enfermé dans un paradigme, au sens de

¹⁹³ « La science est plus proche du mythe que les philosophes sont prêts à l'admettre » P. FEYERABEND, *Contre la méthode: esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*. Seuil, 1988. p.389.

T. Kuhn¹⁹⁴, et se base sur une conjecture qu'il nous appartient de préciser, voire si cela est possible d'insérer dans une démonstration.

3. Une conjecture nécessaire à l'ensemble des informations utilisées par la biométrie

63. Conjecture. Conjecture structurant la conceptualisation de la biométrie et qui intéresse les prémisses de son modèle : l'équivalence commutative entre le corps et la personne humaine, si bien que déterminer une correspondance pour l'un permet de déterminer une correspondance pour l'autre. Cette équivalence est aussi une nécessité logique au fonctionnement de notre objet. Pourtant, cette équivalence, bien que jamais affirmée en droit positif, est contestée en doctrine, comme le note le professeur C. NEIRINCK « *les éléments biologiques ne peuvent pas être source d'identité : ils ne peuvent servir qu'à son contrôle. Si l'ADN servait à identifier, il faudrait admettre que les vrais jumeaux qui sont génétiquement identiques sont la même personne. Seule la personnalité permet d'identifier chacun grâce à sa filiation, en imposant des références juridiques* »¹⁹⁵. Néanmoins, il est possible de discuter cette position doctrinale. En effet, peu à peu ce que recherche la biométrie n'est plus l'identité – au sens d'état civil –, mais bien l'identique, résultant d'une comparaison avec un élément préalablement enregistré. Et cette comparaison n'a plus besoin de l'état civil ; elle est mise en place pour le contourner. Dans cette perspective, les conséquences logiques de notre conjecture nous conduisent à adopter une position opposée, si bien que nous souscrivons pleinement à l'hypothèse qui lie le corps et la personne physique.

¹⁹⁴ « *Les paradigmes gagnent leur droit à l'existence parce qu'ils réussissent mieux que leurs concurrents à résoudre quelques problèmes que le groupe de spécialistes est arrivé à considérer comme primordiaux. Réussir mieux, ce n'est pourtant pas réussir totalement dans tel problème unique, ni même réussir bien dans un grand nombre de problèmes. [...] La science normale consiste à réaliser cette promesse, en étendant la connaissance des faits que le paradigme considère comme particulièrement révélateurs, en augmentant la corrélation entre ces faits et les prédictions du paradigme et en précisant davantage le paradigme lui-même* » T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*. 1983, p. 45.

¹⁹⁵ C. NEIRINCK, « La personnalité juridique et le corps », in *La personnalité juridique*, Presse de Toulouse, Dir. X. BIOY, LGDJ, 2011, p. 62.

64. Limite de la conjecture. Mais, cette équivalence entre le corps et la personne se heurte à un autre écueil : la comparaison impossible entre une donnée biologique issue du corps et un objet juridique : la personne physique. Impossible puisque ces données existent dans deux sphères différentes. En ce sens, si l'existence de la personne physique est un énoncé performatif¹⁹⁶, l'existence du corps est, dans une première approche, purement constatatif¹⁹⁷. Partant, dans un cas le réel existe indépendamment des qualifications juridiques, dans l'autre c'est le processus de qualification qui crée le réel. Pourtant, même existant dans les sciences dures, le substrat de la donnée biologique, le corps ne connaît pas de définition évidente. Cet élément par lequel la personne « *est au monde* »¹⁹⁸ connaît de multiples discours le prenant pour objet, voire le considérant comme objet¹⁹⁹. Comme le remarque M. MARZANO « *« les philosophes... préfèrent se pencher sur la réalité du corps et sur la finitude de la condition de l'homme ; les anthropologues et les sociologues qui, convaincus que l'existence de l'homme est d'abord corporelle, savent que chaque société dessine un savoir singulier sur le corps ; les psychanalystes qui, s'accordant sur l'importance du corps dans les fondements de la santé et dans le déterminisme des maladies reconnaissent combien insistante, voire obsédante, est la souffrance relative au corps, dans les névroses comme dans les psychoses ; les médecins qui s'efforcent de connaître le fonctionnement du corps biologique. »*²⁰⁰ Cette explosion des paradigmes²⁰¹ n'est pas l'unique cause de diffraction des discours. Le corps comme matrice de tous discours est l'idéal type des obstacles

¹⁹⁶ Pour reprendre la terminologie propre à la théorie des actes de langage, voir notamment J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*: Éditions du Seuil, 1991.

¹⁹⁷ Cette distinction reprend pour partie, celle élaborée par H. HABERMAS entre science nomologique et science constatative, Voir J. HABERMAS, *logique des sciences sociales et autres essais*, Puf, 2005, p. 462.

¹⁹⁸ X. BIOY, « Le statut des restes humains archéologiques Commentaire de la loi du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections », *RDP*, 2010, p. 89.

¹⁹⁹ M. MARZANO, *La philosophie du corps que sais-je ?*, vol. 2 n°3777. Presses Universitaires de France, p. 3.

²⁰⁰ M. MARZANO, *Dictionnaire du Corps*. Presses universitaires de France, 2007.

²⁰¹ « *Les paradigmes gagnent leur droit à l'existence parce qu'ils réussissent mieux que leurs concurrents à résoudre quelques problèmes que le groupe de spécialistes est arrivé à considérer comme primordiaux. Réussir mieux, ce n'est pourtant pas réussir totalement dans tel problème unique, ni même réussir bien dans un grand nombre de problèmes. ... La science normale consiste à réaliser cette promesse, en étendant la connaissance des faits que le paradigme considère comme particulièrement révélateurs, en augmentant la corrélation entre ces faits et les prédictions du paradigme et en précisant davantage le paradigme lui-même* » T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*. 1983, p. 45.

épistémologiques²⁰², toute personne étant condamnée à tenir un discours sur le corps à partir de son propre corps. Ce dernier façonne tant les discours qui le prennent pour objet que notre idée de normalité. Cette idée de normalité façonne, par exemple, directement le caractère acceptable ou non du taux d'impossibilité d'enrôlement.

65. Hypothèse scientifique et vérité juridique. Partant, de ces deux limites, l'existence d'une définition unanimement admise du corps n'est pas pour autant nécessaire à son appréhension. Épistémologiquement, l'absence de définition scientifique ne nuit pas à son étude juridique. Tout au plus, cette absence de consensus permet une grande latitude dans la détermination du concept de corps. Néanmoins, toute définition juridique se base nécessairement sur des hypothèses scientifiques filles de leur époque. Et, plus généralement, la transformation d'hypothèses scientifiques en vérités juridiques pose le problème des rapports entre les sciences sociales et les sciences dures. Si ces rapports sont à la fois d'encadrement des sciences par le droit, les sciences, dans un mouvement circulaire, déterminent les informations disponibles pour le droit et donc pour ses qualifications. Ces dernières ne sont alors qu'une transcription incomplète d'hypothèses scientifiques, mais ces transcriptions sont autonomes et n'entretiennent aucun rapport avec les hypothèses scientifiques qui peuvent évoluer de manière radicalement différente. Concernant cette incomplétude des hypothèses scientifiques face aux vérités juridiques, la question de la *maturité* des éléments comparés peut fournir une grille d'explication. Comme le relève Paul FEYERABEND : « *Bien des conflits et des contradictions apparues dans la science sont dus à l'hétérogénéité des matériaux, à l'inégalité du développement historique comme diraient les marxistes... nos*

²⁰² « *La connaissance du réel est une lumière qui projette toujours quelque part des ombres. Elle n'est jamais immédiate et pleine. Les révélations du réel sont toujours récurrentes. Le réel n'est jamais « ce qu'on pourrait croire » mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser. La pensée empirique est claire, après coup, quand l'appareil des raisons a été mis au point. En revenant sur un passé d'erreurs, on trouve la vérité en un véritable repentir intellectuel. En fait, on connaît contre une connaissance antérieure, en détruisant des connaissances mal faites, en surmontant ce qui dans l'esprit même fait obstacle à la spiritualisation. L'idée de partir de zéro pour fonder et accroître son bien ne peut venir que dans des cultures de simple juxtaposition où un fait connu est immédiatement une richesse. Mais devant le mystère du réel, l'âme ne peut se faire, par décret, ingénue. Il est alors impossible de faire d'un seul coup table rase des connaissances usuelles. Face au réel, ce qu'on croit savoir clairement offusque ce qu'on devrait savoir. Quand il se présente à la culture scientifique, l'esprit n'est jamais jeune. Il est même très vieux, car il a l'âge de ses préjugés. Accéder à la science, c'est, spirituellement rajeunir, c'est accepter une mutation brusque qui doit contredire un passé* ». In G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique: contribution à une psychanalyse de la connaissance*. J. Vrin, 1993.

méthodologies projettent les différents éléments de la science et leurs différentes strates historiques, sur un même et unique plan, pour aussitôt procéder à des jugements comparatifs. »²⁰³ Pour réutiliser cette analyse dans la dialectique droit/biologie, lorsque les normes saisissent le corps, elles ne peuvent en saisir la complexité biologique et la précision scientifique. Tout au plus, les règles de droit peuvent schématiquement transférer certains éléments d'une conception du corps dans le champ juridique. Et cette schématisation constitue un appauvrissement qui a pour conséquence de distendre les rapports entre le droit et le réel.

66. Dès lors, dans notre conjecture de départ, à savoir l'équivalence corps-personne et des mesures qui en découlent, le corps dont il est question n'est qu'une représentation de son existence matérielle et seule cette représentation existe dans la sphère juridique. Si cette qualification peut sembler anodine, elle est en réalité fondamentale, puisqu'elle détermine l'incomplétude fondamentale de la transformation des hypothèses scientifiques en vérités juridiques. Se trouve ici, l'une des premières limites de la biométrie, si la conjecture de base peut être contestée²⁰⁴, alors au terme d'une réaction en chaîne, le modèle qui s'en sert de fondement n'a plus d'existence. Pourtant, nous devons pour l'instant considérer cette conjecture comme vraie afin de nous interroger sur la finalité de notre modèle à savoir la conclusion du syllogisme.

67. La proposition mineure du syllogisme, l'existence d'une comparaison entre deux données, n'emporte que de faibles conséquences juridiques, qui peuvent être étudiées au sein de la proposition majeure. En dehors du droit, il est possible de constater que cette comparaison est recherche de l'identique²⁰⁵. Néanmoins, il ne s'agit pas d'une recherche de l'identité *stricto sensu*, mais d'une analogie, c'est-à-dire d'une identité entre deux éléments dans un référentiel déterminé. Dès lors, ce n'est pas la similitude parfaite qui est recherchée, quête qui ne peut aboutir, mais une approche conventionnelle. Ainsi, cette dernière sera entendue comme ce qui dans un référentiel donné est identique. Par exemple

²⁰³ P. FEYERABEND, *Contre la méthode*, Points, 1993, p. 349.

²⁰⁴ Sur la validité de cette conjecture voir *Supra* p. 114.

²⁰⁵ « (A) ce qui est unique, quoique perçu, conçu ou nommé de plusieurs manières différentes. (B) À un individu [...] lorsqu'on dit qu'il est le même [...] à différents moments de son existence, malgré les changements parfois considérables qui peuvent y être survenus. (C) À deux ou plusieurs objets de pensée qui, tout en étant numériquement distincts, sont considérés comme présentant exactement toutes les mêmes propriétés ou qualités » Article « Identité », in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Presses universitaires de France, 1976.

dans un référentiel visuel, l'expression blond ou brun suffit à poser une identité entre le porteur et l'indication du document. En cas de changement de référentiel, par exemple dans le référentiel photographique, « blond » ou « brun » sont des catégories ne pouvant être utilisées, car trop générales. Pour être opérante, la couleur doit alors être définie avec plus de précision et les possibilités d'identité sont alors restreintes. Ainsi, l'identité entre deux entités est fonction du référentiel et non d'une propriété substantielle. Néanmoins, la personne physique étant une fiction juridique, la question de son identité comme identique, vis-à-vis du corps, conduit à une apparente aporie puisque cette hypothèse conduit à comparer une fiction avec le réel. Ce qui dans ce cas n'est pas probant, puisque le concept de personne physique n'a pas été conçu comme une représentation du corps, mais de manière totalement indépendante au corps. Partant, la solution réside dans le rattachement de l'identité de la personne à celle du corps, c'est-à-dire à notre conjecture de départ.

68. A cette étape du raisonnement, il sera considéré que les techniques biométriques utilisent les représentations numériques des mesures corporelles afin d'obtenir une corrélation avec d'autres informations, le choix de ces dernières déterminant les fonctions poursuivies par la biométrie.

B. Les informations secrétées par la biométrie

69. La conclusion du syllogisme qui sert de modèle à la biométrie est une information. Or, cette dernière peut connaître trois objets différents : la personne physique, *l'instrumentum* de la preuve d'identité ou le capteur biométrique, cette différence d'objets entraînant une pluralité de fonctions attribuées à la biométrie.

70. La finalité d'identification. Dans l'hypothèse classique où la conclusion du syllogisme vise la personne physique, la fonction attribuée aux systèmes biométriques est l'identification. C'est-à-dire dans une première approche la reconnaissance de la personne pour lui rattacher un état civil préexistant. La conclusion de la comparaison étant alors l'identité, en tant qu'état civil, de la personne. Cependant, cette finalité peut se dédoubler puisqu'un autre type d'identification de la personne, sans lien avec l'état civil, est possible. Cette finalité se fonde alors sur la comparaison entre une donnée biométrique et une donnée précédemment enregistré afin d'établir une correspondance, cette dernière

étant alors autonome vis à vis de l'état civil. Il est possible de trouver cette finalité d'identification dans les fichiers de police ou dans les bases de données de gestion des visas.

71. La finalité d'authentification. Concernant l'hypothèse où l'information est relative à un papier d'identité, la finalité est alors d'authentifier ce document afin de permettre au contrôleur de considérer les données qu'il contient comme vraies et susceptibles alors de produire des effets juridiques. Telle est la logique à l'œuvre concernant l'utilisation de la biométrie dans les papiers d'identité²⁰⁶. Même si ce dernier peut contenir l'identité de la personne, la fonction de la biométrie se limite à authentifier le document, ce qui a pour corollaire de garantir la sincérité des données qu'il contient. Comme l'expose la CNIL « *L'authentification revient à vérifier, via le dispositif biométrique que le porteur de la carte et/ou du badge d'accès est bien le bon titulaire. Techniquement, le système vérifie que l'empreinte digitale du doigt apposé sur le lecteur, par le porteur de la carte, correspond au gabarit enregistré dans la carte.* »²⁰⁷ Ainsi, le contrôle des empreintes du détenteur d'un passeport biométrique²⁰⁸ sert principalement à authentifier ce dernier et par exception à identifier la personne. D'ailleurs, le développement des titres biométriques d'identité a été politiquement²⁰⁹ motivé par le problème de la fraude documentaire et non celle de la détermination de l'identité de la personne.

72. La finalité de localisation. Enfin, le rattachement à des informations contenues dans le capteur biométrique permet de mettre en lumière une autre fonction de la

²⁰⁶ Voir *supra*. p. 291 et s.

²⁰⁷ CNIL, Communication de la CNIL relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données p.5. disponible sur : <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/CNI-biometrie/Communication-biometrie.pdf>

²⁰⁸ Décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports.

²⁰⁹ « *A la suite des attentats du 11 septembre 2001, l'Organisation de l'aviation civile internationale, l'Union européenne et de nombreux Etats, au premier rang desquels les Etats Unis, ont en effet décidé d'insérer dans les passeports des puces électroniques sécurisées comportant des données biométriques numérisées, notamment la photographie, pour identifier avec certitude leurs détenteurs et lutter ainsi contre une fraude documentaire qui favorise l'immigration irrégulière, la criminalité organisée et les activités terroristes* ». J.-R., LECERF, *Identité intelligente et respect des libertés*, Rapport d'information n° 439 (2004-2005), fait au nom de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 29 juin 2005. p. 1.

biométrie : la localisation. Cette fonction peut être qualifiée de latente, puisqu'elle est présente dans l'ensemble des techniques biométriques, dès que la position du capteur est connue. Dans la mesure où la simple captation de données par un capteur dont la localisation est connue implique que la personne était proche de ce dernier au moment de l'enregistrement. D'ailleurs, la multiplication des capteurs et des enregistrements permet de manière séquentielle de découvrir les mouvements d'un individu et la mise en place de ce type d'utilisation permet l'utilisation de la biométrie afin de surveiller les flux²¹⁰. Alors que précédemment seuls les points d'entrée et de sortie étaient enregistrés, désormais ce ne sont plus les déplacements qui sont séquentiellement enregistrés, mais les mouvements enregistrés en continu, dans la limite du nombre de capteurs. Et l'utilisation de cette fonction est, comme le montrera ce travail, la résultante d'un progrès technologique, un effet de l'utilisation des techniques biométriques, plus qu'une fonction voulue et construite juridiquement par les acteurs.

73. Quelle que soit la fonction précédemment mentionnée, elle sont considérées comme attentatoires, voire violent la vie privée soit de manière clairement affirmée par le juge ou les textes normatifs, soit de manière plus théorique, puisque la fonction n'est pas prise en compte par le juge ni inscrite dans les textes normatifs (notamment concernant l'utilisation de la biométrie pour localiser).

74. Cependant, présentées de manière alternative, ces fonctions attribuées à la biométrie possèdent alors des régimes juridiques distincts. Pourtant, il est possible de s'interroger sur la modification et la multiplication des fonctions attribuées à la biométrie et sur leurs conséquences, notamment l'existence d'une modification de la conciliation opérée entre la protection des droits fondamentaux et la protection de l'ordre public.

75. Au terme de ce travail, il sera possible de caractériser un *continuum* entre les différentes fonctions de la biométrie, avec le passage progressif de la fonction d'authentification à celle d'identification pour en arriver à la localisation des personnes physiques comme fonction englobant l'ensemble des utilisations des techniques biométriques. Et cette évolution a pour conséquence une double carence dans la conciliation opérée pour les techniques biométriques. Tout d'abord, concernant les droits fondamentaux mobilisés, nous allons montrer que ces derniers sous-estiment

²¹⁰ P. BONDITTI, « Biométrie et maîtrise des flux : vers une « géo-technopolis du vivant-en-mobilité » ? », *Cult. conflits*, n°58, 2005, pp. 131–154.

structurellement l'étendue des évolutions techniques et notamment leurs conséquences, la conciliation opérée à un moment précis, ne prend pas en compte les informations qui pourront être découvertes, notamment au regard du délai de conservation des données qui tend à s'allonger toujours plus.

76. Concernant la protection de l'ordre public, si les fonctions d'identification et d'authentification justifient le recours à la biométrie, force est de constater que, même si elle est particulièrement utile pour la protection de l'ordre public, la fonction de localisation constitue l'angle mort juridique de la biométrie. Très largement absente des textes et des jurisprudences cette fonction est pourtant la dernière évolution, de l'utilisation des systèmes biométriques. La multiplication des capteurs biométriques et l'interconnexion des fichiers justifiées notamment par la lutte contre les²¹¹ terrorismes²¹², conduisent à une nouvelle utilisation de la biométrie : le contrôle de flux. Mais ce dernier n'est pas encore encadré en tant que tel par le droit positif.

77. Ainsi, et c'est l'apport principal de cette thèse, la conciliation actuellement opérée pour les systèmes biométriques entre la protection des droits fondamentaux et la défense de l'ordre public n'est pas satisfaisante. Car, les deux parties de *l'équation* se retrouvent amputées d'une donnée fondamentale et nécessaire à la *sincérité* de la conciliation, qu'elle soit opérée par le juge, le législateur, l'administration ou les traités internationaux : la fonction localisatrice de la biométrie. Pour prouver cette inadaptation du droit, il sera séquentiellement question de l'ensemble des propositions contenues dans le modèle de fonctionnement de la biométrie : le syllogisme. Cette posture analytique se justifie d'autant, qu'elle permet aussi une étude des techniques biométriques afin de dégager les évolutions de ses finalités. Ainsi, l'étude analytique du syllogisme et de ses conjectures permet de mettre en valeur l'évolution des finalités attribuées à la biométrie. Dès lors, si les conjectures qui servent de bases à la biométrie doivent être précisées,

²¹¹ M. DELMAS-MARTY, « Typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale des valeurs », in M. DELMAS-MARTY, *terrorisme et histoire du droit*, CNRS éditions, p. 167 et s. J. ROBERT, « Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques », *RDP*, 1986, p. 1654.

²¹² Quant à la définition de cet objet, comme le remarque K. ROUDIER, le chercheur « *est troublé et altéré par un paradoxe déroutant : le terrorisme est à la fois évident et hermétique, manifeste et obscur. Cette dualité crée un espace de perception à double fond : l'évidence, d'abord de son caractère terrible et violent et, ensuite, les mystères soulevés par son caractère impénétrable et les questionnements multiples relatifs aux motivations des acteurs et au devenir de leurs revendications* ». K. ROUDIER, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste : étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*. L.G.D.J, 2012, p.7.

qu'elles concernent la détermination du corps ou de l'identité, cet éclairage de la proposition majeure, permet en suivant le syllogisme d'éclairer ses conclusions, qui ont évolué passant de l'authentification, à l'identification pour finir à la localisation et peut être même, au contrôle de flux visant les personnes physiques. Cette évolution des finalités n'a pas donné lieu à une évolution de l'encadrement juridique, ce dernier s'étant limité à certains aspects parcellaires de la biométrie. Dans cette perspective, l'absence de composante anonyme à l'ensemble des droits fondamentaux traditionnellement mobilisés (protection de la vie privée, de la liberté de circulation ou de la liberté d'aller et venir) a pour conséquence une absence de protection juridique de l'individu face à la localisation biométrique.

78. Dès lors, si la biométrie est classiquement présentée et étudiée en fonction de son lien avec l'identité contenue dans l'état civil (partie I), il est possible de constater que l'évolution de l'utilisation des systèmes biométriques entraîne une mutation de ce lien, la biométrie s'autonomisant par rapport à cette identité (partie II).

PARTIE I. La recherche de la preuve de l'identité par la biométrie

79. Le raisonnement mis en œuvre à partir des techniques biométriques, c'est-à-dire sa modélisation comme un syllogisme, nécessite des précisions sur les fondements de la proposition majeure et sur cette dernière. En effet, l'existence d'informations rattachées au corps et imputées à une personne déterminée pose deux types de problèmes juridiques, portant sur chaque partie de cette proposition. Comment le droit saisit ce rattachement d'une information au corps et comment cette information peut être imputée à une personne déterminée ? Et dans les deux cas le rapport au corps et plus précisément la construction de l'objet juridique « corps » semble déterminant.

80. Ainsi, la question de l'appréhension juridique des éléments qui fondent la biométrie reste ouverte, notamment concernant les concepts de corps et d'identité.

81. Pour ce faire, la biométrie peut être étudiée selon trois aspects : matériel, substantiel et fonctionnel. En ce sens, elle se base matériellement sur des données qui sont substantiellement définies grâce à la mesure du corps, afin d'être imputées à une personne physique déterminée. Cette imputation se faisant dans une première approche par utilisation de l'état civil de la personne physique. Ainsi, il est possible de distinguer les éléments matériels et substantiels de leur fonction, à savoir l'utilisation de la biométrie en lien avec l'état civil de la personne. La biométrie se fonde sur des données biométriques (titre I) qui imputées à la personne sont utilisées comme des preuves de l'identité civile (titre II).

Titre I. Le corps comme support des données biométriques

82. Dans une première acception de l'identité, comme ce qui est singulier, la représentation du corps est individualisation de ce dernier. Cette individualisation du sujet, connue en droit sous le nom d'état civil, est la résultante d'un jeu de contraintes, entre un hypothétique droit subjectif à la détermination de l'identité²¹³ et une obligation « sociale »²¹⁴ transcrite juridiquement²¹⁵ à en posséder une. Indépendamment de son intégration par les personnes, l'état civil est une création étatique visant à faciliter l'identification, l'identité personnelle n'en étant qu'un effet induit. Quant au corps, il peut dans une première analyse être considéré comme un élément de l'identité de la personne. Il est alors un élément individualisant, un ensemble de caractéristiques rattachables à cette dernière. Il s'agit là de la logique biométrique classique qui utilise le corps pour identifier la personne.

83. Dans une seconde acception, comme ce qui est identique, la représentation du corps est un « dessin » fidèle du corps. Toutefois, il ne s'agit pas d'une recherche de l'identité *stricto sensu*, mais d'une analogie, c'est-à-dire d'une identité entre deux éléments dans un référentiel déterminé. Dès lors, ce n'est pas la similitude parfaite qui est

²¹³ « Cela dit, la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain » CEDH, 11 juillet 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95 §90. Voir aussi CEDH, G. C., *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 62, et CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 53.

²¹⁴ Comme le remarque le Comité consultatif national d'éthique « *Indépendamment de ces dérives, à l'évidence condamnable, la biométrie entraîne par elle-même une exaltation de données individuelles au détriment des valeurs sociétales. Chaque personne doit être tatouée, marquée, au nom d'un intérêt collectif. On passe insensiblement d'une identité- droit de l'individu à une identification-obligation ou devoir social. La sécurité dite collective dicte ses exigences au nom des libertés* ». CCNE, 20 juin 2007, avis n°98 : *Biométrie, données identifiants et droit de l'homme*.

²¹⁵ Article 8 de Convention internationale des droits de l'enfant, Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 » 1. *Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.* 2. *Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.* »

recherchée, quête qui ne peut aboutir²¹⁶, mais une approche conventionnelle. Ainsi, cette dernière sera entendue comme ce qui dans un référentiel donné est identique. Néanmoins, la personne physique étant une fiction juridique, la question de son identité comme identique, vis-à-vis du corps, conduit à une apparente aporie²¹⁷ dont la solution réside dans le rattachement de l'identité de la personne à celle du corps.

84. Axiome. Ainsi, l'utilisation de cette acception de l'identité implique pour la biométrie l'existence d'un postulat personnaliste²¹⁸ « *Le corps humain n'est pas une chose ; c'est la personne même [...] le corps est la personne en chair et en os, la personne incarnée* »²¹⁹. Si la personne peut être plus que le corps, juridiquement le corps est *a minima* le noyau dur de la personne. Cette relation d'identité est postulée. Jamais précisée en droit positif, cette équivalence fut soumise à d'intenses querelles doctrinales ; il faut cependant remarquer que cette querelle n'éclaire pas notre objet, la fusion corps/personne étant nécessaire par principe au fonctionnement de la biométrie. Si l'identité du corps et de la personne n'est pas acquise, l'identification du corps est séparée de celle de la personne empêchant alors tout rapprochement biométrique. En opposition avec cette vision, certains auteurs se sont attachés à montrer que la personne disposait d'un droit de propriété « spécial » sur « son » corps, considéré comme « chose sacrée »²²⁰, position impliquant une mise à distance de son corps par la personne. En outre, une partie de la doctrine civiliste considère que la personne disposerait d'un droit subjectif sur son propre corps notamment au vu de la formulation de l'article 16-1 du Code civil qui prévoit que « *chacun a droit au respect de son corps* ». Ce « droit a »²²¹ tout comme l'existence

²¹⁶ Leibnitz démontre cette impossibilité, en utilisant le principe d'indiscernabilité des identiques. Il se fonde sur un argument que l'on peut qualifier de douteux : la raison déterminante. Il est possible de refonder ce principe sur une base plus solide. En effet, le principe d'indiscernabilité des identiques, c'est-à-dire le principe qui veut que deux choses partageant l'ensemble de leurs qualités soient réputées identiques et donc indiscernables se fonde nécessairement sur un certain niveau de précisions. Comme le note QUINE « *l'identité est intimement liée à la division de la référence. Car diviser la référence, cela consiste à fixer les conditions de l'identité* ». L'identité est alors une fiction, puisqu'en dernière analyse elle est une analogie parfaite au sein d'un référentiel.

²¹⁷ En effet, cette hypothèse conduit à comparer une fiction avec le réel. Ce qui dans ce cas n'est pas probant puisque le concept de personne physique n'a pas été conçu comme une représentation du corps, mais de manière totalement indépendante au corps.

²¹⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, PUF, 2004 p.382 ; B. EDELMAN, M.-A. HERMITTE, & C. LABRUSSE-RIOU, *l'Homme, la nature et le droit*, C. Bourgois, 1988, p. 391. ;

²¹⁹ G. CORNU, *Droit civil- introduction, les personnes, les biens*, 11^{ème} ed., Monchrétien 2005. p. 211.

²²⁰ J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*, Éditions du Seuil, 1993, p. 243.

²²¹ D. COHEN, « Le droit à... », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 393 et s.

d'un droit réel de la personne sur son corps, ne constitue pas une grille d'analyse pertinente pour comprendre les spécificités de la biométrie. Car l'existence d'un droit réel impliquerait le droit de céder son corps alors que l'existence d'un droit subjectif impliquerait le droit d'en disposer. En effet, dans l'hypothèse d'un droit réel de la personne sur le corps, celui-ci suppose la possibilité de céder le corps puisque ce dernier serait alors appropriable. Quant à l'hypothèse d'un droit subjectif de la personne sur son corps, elle impliquerait un rattachement par le prisme de la volonté de la personne à son corps. Dans ces deux hypothèses, l'identification biométrique est impossible, car contingente à l'entrée ou à la sortie du droit sur le corps dans la personnalité ou dans le patrimoine. Néanmoins, cette perspective d'un corps soumis à la volonté de la personne se retrouve pour partie dans le *corpus* du droit médical qui poursuit la finalité d'organiser les transferts et dons d'éléments corporels. Cette dernière fonction encadrée par les impératifs de santé publique.

85. L'étude de la définition de l'identité, correspondant à ce qui est à la fois singulier et identique, impose d'examiner, en amont, les rapports entre le corps, ses mesures et la personne. Plus précisément, il convient de s'interroger sur l'élément fondamental à toute conceptualisation juridique de la biométrie, à savoir, l'existence matérielle de données à caractère personnel se fondant substantiellement sur le corps et sa mesure.

86. Dans cette perspective, la question de la définition du corps se double de celle de sa mesure. La création d'une identité corporelle comme élément identifiant de la personne (chapitre II) n'est rendue possible que par la clarification préalable des conceptions juridiques du corps (chapitre I).

Chapitre I. Les conceptions juridiques du corps pertinentes pour la biométrie

La question de l'appréhension juridique du corps est intimement aux possibilités d'existence de la biométrie dans la sphère du droit. Dès lors, rechercher les définitions juridiques du corps est un présupposé nécessaire, qui détermine les conditions d'existence juridique de la biométrie.

87. Partant, tout objet peut être défini selon deux modalités, soit en fonction d'une qualité intrinsèque soit par l'énumération de ses éléments constitutifs. Considéré par le Littré comme « *ce qui fait l'existence matérielle d'un homme ou d'un animal, vivant ou mort* » le corps comme élément matériel de l'homme se voit complété dans certaines définitions²²² par un élément abstrait²²³ : l'âme²²⁴ ou l'esprit. Toutefois, cette définition doit être amendée tant à cause de son manque de précision que de son prédicat. Concernant son caractère généraliste, le corps dans cette définition appartient indifféremment à l'homme et l'animal se confondant alors avec un phénomène biologique qui délimiterait le règne zoologique, sans recherche de la particularité du corps humain. Quant au prédicat « vivant ou mort », il fait abstraction de la distinction juridique, biologique, pratique et éthique entre le corps et le cadavre. Même délimitée comme « *ce qui fait l'existence matérielle d'un homme vivant* », cette acception substantielle du corps n'est pas assez précise pour être pleinement opératoire.

²²² « *La partie matérielle (d'un être animé), le plus souvent considérée comme unie avec une partie immatérielle* ». P. ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Dictionnaires Le ROBERT*, 2012.

²²³ « *[Une] présentation strictement biologique ne rend pas compte de l'autre dimension- abstraite cette fois, tantôt spirituelle, tantôt juridique –que l'homme a toujours voulu se donner. Au regard de cette tentative, la conceptualisation par les juristes romains d'une fiction baptisée « persona » a réalisé une avancée majeure* ». C. NEIRINCK, « La personnalité juridique et le corps », in *La personnalité juridique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 57.

²²⁴ « *La distinction entre l'esprit et la matière qui est devenue un lieu commun en philosophie, en science et dans la pensée populaire a une origine religieuse et commença par être la distinction entre l'âme et le corps* ». B. RUSSELL, *Histoire de la philosophie occidentale*. Les belles lettres, 2011, p. 174. « *Spécialement le corps humain par opposition à l'esprit* ». Article « Corps » in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses universitaires de France, 1976.

88. Cette imprécision se retrouve aussi dans la définition énumérative. En ce sens, même défini comme « *une machine merveilleuse recouverte par 1,5 m2 de peau, contenant 28 à 40 litres d'eau soit 70 % du poids, un squelette de 208 os et 600 muscles qui représentent 40 % du poids total. Il est composé d'appareils digestifs, respiratoire, circulatoire, nerveux[...] Eux-mêmes constitués par des organes faits de tissus, eux-mêmes faits de cellules, elles-mêmes faites de molécules*²²⁵ », cet inventaire n'épuise pas pour autant les possibilités de ce que le corps peut être. En effet, il passe sous silence, les possibilités infinies de la biologie : des doigts surnuméraires, un rein manquant ou un hermaphrodite sont ou ont un corps, alors même qu'ils ne peuvent être saisis par ce type de définition.

89. Corps et Vie. Le dénominateur commun à toutes les appréhensions juridiques du corps, est son caractère vivant. Si certains auteurs ont pu nier cette relation²²⁶, c'est au prix d'une confusion conceptuelle. Le caractère vivant du corps ne se confond pas avec la vie au sens biologique²²⁷ mais plutôt avec la vie au sens zoologique²²⁸, au sens de vie organique. Si l'article 2 de la CEDH encadre le droit à la vie, la Cour de Strasbourg s'abstient en l'absence de consensus d'en donner une définition²²⁹. Tout au plus la

²²⁵ G. LAZORTHES, *Sciences humaines et sociales: l'homme, la société et la médecine*, Elsevier Masson, 2000, p. 484.

²²⁶ « Le mot « corps » n'est pas plus synonyme d'être humain qu'il ne suppose la vie ». X.LABBEE article « Corps » in D. ALLAND, & S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*. Presses universitaires de France, 2003.

²²⁷ « *l'état d'activité de la substance organisée, activité qui est commune aux plantes et aux animaux. Chez les plantes, la vie est constituée par deux fonctions, la nutrition et la génération ; chez les animaux, il y a en plus la contraction et la sensibilité* ». « Article vie », *Trésor de la langue française*. Disponible en ligne.

²²⁸ Pour une étude approfondie de la distinction entre zoo et bio et de ses conséquences, voir notamment le second cours de J. DERRIDA, *Séminaire La bête et le souverain*. Galilée, 2008. ; M. DELMAS-MARTY, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *Revue de science criminelle*, 2012, p. 495.

²²⁹ Voir notamment, CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, n° 53924/00. X. BIOY, « L'arrêt Vo contre France, une lecture publiciste (Cour Européenne des Droits de l'Homme, 8 juillet 2004) », *RDP*, vol. 5, n°7, 2005, p. 1417. A. BERTRAND-MIRKOVIC, « L'enfant à naître est-il une personne protégée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ? », *Revue générale de droit médical*, vol. 14, 2005, pp. 197 – 223. D. SZYMCAK, « L'application du droit à la vie à l'enfant à naître : de l'art d'éviter de prendre clairement position », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, vol. 52, 2004, pp. 1673 – 1674. P. BONFILS, « Note sous Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 8 juillet 2004, Vo contre France, affaire 53924/00 », *Droit et Patrimoine*, vol. 132, 2004, pp. 80 – 81. E. SERVERIN, « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 39, 2004, pp. 2801 – 2807. J. PRADEL, « La CEDH, l'enfant conçu et le délit d'homicide involontaire : entre prudence et embarras », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 34, 2004, pp. 2456 – 2458. P. MURAT, « Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit de la famille*, vol. 10, 2004, pp. 43 – 46. J.-P. MARGUENAUD, « Note sous Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 8 juillet 2004, Vo contre France, requête numéro 53924/00 », *Revue*

doctrine distingue entre des conceptions objectives et subjectives de ce dernier²³⁰. Mais en amont de cette distinction propre au droit à la vie, cette dernière ne connaît pas de définition juridique. En droit pénal français, le passage du corps au cadavre se fait en « *donnant la mort* »²³¹ considérée comme une « *atteinte à la vie de la personne* » justifiant la suppression du corps et le passage à la qualification de cadavre. Dès lors, le corps comme élément vivant ne peut être confondu avec le cadavre dont les éléments peuvent encore être considérés comme vivant biologiquement. Comme le remarqua Marie-François-Xavier BICHAT au XVIII^e siècle « *Les cellules du corps humain vivent ensemble, mais meurent séparément* ». Et l'on trouve en droit positif une application de ce principe : la mort définie par circulaire²³² ne considère pas la nécrose comme un élément constitutif²³³. Dès lors, le corps entendu *ratione temporis* est un moment entre le fœtus né vivant et viable et le cadavre. Cette ligne de partage entre le cadavre et le corps, entre le mort et le vivant, se retrouve juridiquement, le législateur n'hésitant pas à qualifier un cadavre de corps afin de lui appliquer son régime juridique. Dans cette perspective, l'article 16-1-1 du Code civil prévoyant que « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* » n'invalide pas cette distinction. La qualification de corps humain permettant d'appliquer artificiellement une protection juridique plus étendue au cadavre.

Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ), vol. 4, 2004, pp. 799 – 801. N. FRICERO, « Selon l'article 2 de la Convention européenne, les états ont l'obligation positive de protéger effectivement le fœtus, non de reconnaître à ce dernier la personnalité juridique », *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, vol. 9, 2004, pp. 25 – 26. A. BERTRAND-MIRKOVIC, « L'enfant à naître est-il une personne protégée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ? », *Revue générale de droit médical*, vol. 14, 2004, pp. 197 – 223.

²³⁰ « le droit à la vie peut être un droit subjectif quand son titulaire peut agir ; on peut aussi le concevoir comme un droit objectif, protégeant un bénéficiaire passif sur le fondement d'une norme objective encadrant l'action de l'Etat. » X. BIOY, « Approches constitutionnelles du droit à la vie », in *Le droit eu respect de la vie au sens de la CEDH*, M. LEVINET (Dir.), Bruylant, 2010, p. 3.

²³¹ Article 221-1 du code pénal « *Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle.* »

²³² Cette dernière définition a été intégrée par le Décret n°2005-949 du 2 août 2005 relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules et modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique (dispositions réglementaires).

²³³ Article R1232-1 du code de la santé publique « *Si la personne humaine présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents : 1° Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ; 2° Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ; 3° Absence totale de ventilation spontanée* »

90. Néanmoins, cette idée du corps vivant n'en constitue pas une définition puisqu'elle ne permet pas de clarifier juridiquement la conception du corps. Tout au plus permet-elle de distinguer le corps de ce qu'il n'est pas : le cadavre. Par extension, la doctrine classique a considéré que ce n'était pas uniquement le corps qui disparaissait au profit d'une autre qualification juridique, mais que la mort constituait « *L'anéantissement d'une personnalité* »²³⁴ qui limite *de jure* les droits de la personne sur son (futur) cadavre²³⁵. Ainsi, s'explique l'interdiction des contrats de cryogénéisation²³⁶, ou plus généralement l'ensemble des règles en matière funéraire.

91. **Prétention de la recherche.** Au-delà de la recherche de cet élément fondamental, ce travail se propose de délimiter les éléments qui structurent les concepts²³⁷ de corps en lien avec la biométrie. Avant toute tentative de conceptualisation, une précision s'impose pour définir une notion aussi complexe que le corps. Deux méthodes existent, soit considérer le corps comme une unité, soit comme un ensemble. Dans la première hypothèse, l'objet est perçu comme un élément global, comme une unité. Au contraire, dans la seconde conception, ce sont ses composants qui sont regardés. L'unité n'est plus qu'une enveloppe artificielle. Ces deux approches opposées éclairent différemment l'objet « corps » ; dès lors, ce double faisceau est nécessaire, d'autant plus que la biométrie se base sur une conception tout en étant limitée par la seconde.

92. **Approche généalogique du corps.** Juridiquement, loin de représenter une utilisation « pure » de ces méthodes, le concept de corps comme tout discours est un construit progressif. L'étude de ses différentes strates²³⁸ éclaire d'autant le droit positif

²³⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 1, Les personnes* : PUF, Thémis, 18e éd., p. 28

²³⁵ P. RAIMBAULT, « Le corps humain après la mort . Quand les juristes jouent au « cadavre exquis »... », *Droit et société*, vol. 61, 2005, pp. 817–844.

²³⁶ J. MICHEL, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1745.

²³⁷ « *la définition n'est pas découverte mais posée, elle vise à simplifier la terminologie de la théorie juridique et ne se trouve justifiée qu'a posteriori par les éclaircissements qu'elle apporte et les rapprochements qu'elle opère. [...] Qualifiée de stipulative elle prend en compte le caractère anarchique des usages juridiques qui sont faits d'une notion, simples occurrences étrangères à une démarche théorique pure et pose cette "exubérance" du discours du droit positif en obstacle dirimant à tout espoir de clarification conceptuelle* ». X. BIOY, *le concept de personne humaine en droit public*, Dalloz, 2003, p. 19.

²³⁸ Comme le note le Professeur CAYLA, en termes guerriers « *l'affrontement entre la vision purement mécanique et corporelle d'un homme réifié que diffuse la biologie et l'affirmation intransigeante de*

que ce dernier est avare, ou du moins pointilliste, en ce qui concerne les règles juridiques applicables au corps. En effet, la dispersion des corpus juridiques pour un objet si central, voire solaire pour le droit, trouve une partie de ses explications dans les conceptions philosophiques²³⁹ mobilisées. Doctrinalement, la question des rapports entre le corps et la personne a suscité de nombreuses controverses, prises de position et tentatives de synthèse. Face à la biométrie, la question centrale n'est plus : le corps est-il la personne ? Mais quelle conception du corps est la personne ? Pour être plus précis, quels sont les éléments juridiques qui alimentent les rapports entre le corps et la personne ? En l'absence de définition synthétique et unanimement admise du corps, force est de constater que le corps connaît de multiples fonctions selon son corpus de rattachement²⁴⁰.

93. Définition du corps en droit positif. Cependant, au-delà de la recherche de cette définition unique, le droit, s'il en définit parfois certains éléments, qualités ou mesures, s'abstient de donner une définition d'ensemble au corps comme transcription juridique d'une réalité biologique. Qui plus est, si cette transcription impose une certaine standardisation, notamment sexuée²⁴¹, il ne s'agit en aucun cas d'une définition. Tout au plus, tant le législateur que le pouvoir constituant²⁴² ou les juges précisent les qualités (possibles) d'un objet qu'ils se refusent à définir, le droit positif préférant se focaliser sur le régime juridique au détriment de l'éclaircissement de la notion. Néanmoins, cette

l'incompressible dimension personnelle de l'humanité à laquelle procède le droit » in O. CAYLA, « Bioéthique ou Biodroit ? ». *Droits*, 1991, p. 3.

²³⁹ Ces rapports entre le droit et la philosophie sont historiquement ancrés, comme le note Alexandre VIALA » *en construisant dans le chaos d'une nature réputée morte, de magnifique concepts à l'instar du contrat social, de la souveraineté ou de la notion de droit subjectif, pour bâtir à nouveaux frais ce qu'E. Kant appellera le règne des fins, les philosophes mâchèrent aux juristes un travail de réflexion auquel ces derniers avaient été associés aux temps lointain d'Aristote ou ils étaient encore des philosophes* » in A. VIALA, *Philosophie du droit*, Ellipses Marketing, 2010, p. 240.

²⁴⁰ « *Pour définir le corps humain dans tous ses états, e envisagé comme meuble par anticipation. Ces techniques ressortent à de fictions juridiques. Elles seules permettent de régler clairement la réalité juridique aux multiples visages que présentez aujourd'hui le corps humain, qui relève tantôt du droit des personnes et tantôt du droit des biens* ». Article « corps humain », D. ALLAND ET S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*. PUF, 2003.

²⁴¹ C. NEIRINCK, « La personnalité juridique et le corps », in *La personnalité juridique*, Presse de Toulouse 1 Capitole , LGDJ, 2011, p 65 et s.

²⁴² A cet égard, l'existence des catégories sexuées est une indication corporelle. Concernant le pouvoir constituant, nous pouvons nous référer à l'article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui précise que « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.* »

absence n'est pas le propre du droit positif puisqu'on la retrouve à un autre niveau de discours : dans la doctrine.

94. Doctrine et définition du corps. Même le plus petit niveau de discours doctrinal, à savoir celui des dictionnaires, s'abstient de donner une définition précise du corps. Ainsi, le « Vocabulaire juridique » du Professeur CORNU définit le corps comme corps humain à partir du corps de la personne physique²⁴³. Les dictionnaires juridiques plus généralistes s'abstiennent également de clarifier la notion²⁴⁴. Cette absence de définition a entraîné une explosion des discours doctrinaux sur le corps, sans que l'objet du discours soit pour autant clairement délimité. Ainsi, le « Dictionnaire de la culture juridique »²⁴⁵ se focalise sur le régime juridique et notamment sur les grands principes applicables au corps. Cette absence de délimitation a amené la doctrine dans le sillon du droit positif à ne considérer le corps que dans le cadre de son régime juridique, sans tenter de fixer les contours de la notion. Dès lors, le corps, objet trop évident, ne reçoit dans le droit ou dans les discours le concernant aucune définition synthétique.

95. Ainsi, si la question semble simple, elle ne connaît toujours pas de réponse unanimement admise. Comment le droit saisit-il le corps et plus précisément comment les différentes conceptions du corps irriguent-elles le droit ? Loin de représenter une interrogation purement théorique, celle-ci est fondamentale pour la biométrie puisqu'elle conditionne tant son existence que sa pertinence juridique. En ce sens, si le corps comme une entité équivalente à la personne physique est le postulat de départ de la biométrie, d'autres conceptions antagonistes du corps – en rendant les éléments du corps interchangeables — semblent constituer un obstacle dirimant à l'identification biométrique.

²⁴³ Corps « (sens originel). Le corps humain, celui de la personne physique; par extension dans certaines expressions la personne même », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 244.

²⁴⁴ Ainsi, le lexique Dalloz, se contente de définir le corps humain comme « l'aspect physique de l'être humain. Il est protégé par les principes d'inviolabilité et d'intégrité qui connaissent toutefois des tempéraments ». Article « Corps Humain » in S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques 2014-2015*, Dalloz, n°16. 2015, p. 285.

²⁴⁵ D. ALLAND, & S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses universitaires de France, 2003.

96. Dans ces perspectives, les discours sur le corps au-delà de l'unité du vocable s'intéressent à des conceptions différentes²⁴⁶. Indépendamment de la diversité notionnelle dans l'appréhension juridique du corps, il existe une diversité de régimes juridiques en fonction du corpus de rattachement. Concernant le droit, chaque domaine, chaque corpus juridique, produit sa propre « interprétation » du corps — son auto-interprétation de l'objet. En outre, chaque corpus juridique en tant qu'ensemble organisé d'énoncés normatifs interdépendants — donne au corps un régime juridique spécifique. Au sein du droit positif, il existe trois principaux corpus qui s'intéressent au corps : le droit civil, le droit de la santé publique et le droit pénal.

97. Le premier, en tant que droit de l'identification étatique des individus, considère que la personne physique entretient avec son corps un rapport singulier de confusion ou de constitution. Et c'est la protection et la conservation de ces rapports qui déterminent le régime juridique du corps. Le Code civil, dans le titre consacré à la personne, contient un chapitre consacré au corps, considéré principalement depuis les grandes lois bioéthiques de 1994²⁴⁷ par son aspect génétique²⁴⁸.

98. Pourtant, cette conception essentialiste du corps personne n'est pas unique. Comme le note Jean-René BINET « *le statut du corps humain doit être observé de deux points de vue différents. Il faut pouvoir le voir de loin, de très loin, à une distance d'où il n'est pas possible de distinguer le corps et la personne. C'est principalement ce que fait*

²⁴⁶ « Pour définir le corps humain dans tous ses états, la doctrine contemporaine conjugue habilement le droit des personnes et le droit des biens. Pour elle le corps humain doit être considéré comme la personne aussi longtemps qu'il est à son service...Le corps est alors personne par nature... Séparé de la personne, le corps devient un meuble par nature[...] Cette dualité de régime se combine assez bien avec les exigences scientifiques par le fait que de son vivant, l'individu peut anticiper le moment où son corps sera séparé de sa personne. Le corps pourra ainsi, être envisagé comme meuble par anticipation. Ces techniques ressortent à de fictions juridiques. Elles seules permettent de régler clairement la réalité juridique aux multiples visages que présentent aujourd'hui le corps humain, qui relève tantôt du droit des personnes et tantôt du droit des biens ». *Idem*

²⁴⁷ La loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ; la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

²⁴⁸ L'intérêt du Droit civil pour la génétique, n'est quantitativement plus à démontrer, car indépendamment des articles précédemment mentionnés l'identification génétique est l'unique objet du chapitre IV relatif à « l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ».

le Code civil. Il faut aussi pouvoir le voir de très près, à une distance où la personne s'efface totalement au profit d'un corps morcelé »²⁴⁹. Ce corps fragmenté, ce corps machine, est celui que saisit le code de la santé publique notamment dans son livre deux relatif au « Don et utilisation des éléments et produits du corps humain ». Pour ce dernier, le corps n'est pas uniquement une globalité, mais est un enchevêtrement de pièces dont la finalité du droit est d'en organiser et contrôler la circulation. Enfin, le corps est saisi dans le prisme du droit pénal. Pour ce dernier, la conception juridique du corps a évolué. En effet, le corps a d'abord été considéré comme « le terrain des investigations pénales²⁵⁰ » que ce soit pour rechercher la vérité ou comme peine²⁵¹. Pourtant, les éléments constituant la vision pénaliste du corps ont muté, dans la mesure où la torture est désormais interdite et la seule peine aujourd'hui envisagée concernant le corps est la prison, c'est-à-dire la contrainte par corps. La conception pénaliste du corps rejoignant alors la conception civiliste. Pour schématiser, cette différence de corpus peut se systématiser dans une opposition entre un droit commun général et une conception juridique spéciale. La conception générale du corps s'attachant à le considérer comme un ensemble uniforme, une enveloppe alors que la conception spéciale que l'on retrouve, notamment dans le droit médical, considère le corps comme un ensemble d'éléments.

99. Dès lors, cette vision fragmentée du corps peut être schématisée en deux courants conceptuels. Le premier implique une conception du corps unitaire en rapport avec le sujet de droit. La seconde s'intéresse au corps comme un ensemble d'objets²⁵², voire comme un objet. Partant, si l'absence de définition générale conduit à avoir recours à une fiction rattachant le corps au sujet, afin que la mesure du premier permette d'identifier le second (section I). Le corps, dans d'autres corpus juridiques, est saisi uniquement comme

²⁴⁹ J.-R. BINET, « protection de la personne. - Le corps humain. », *Jurisclasseur*, Fasc. 12.

²⁵⁰ AMBROISE-CASTEROT, C., « La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne », *Revue de droit sanitaire et social*, 2008, p. 66.

²⁵¹ M. FOUCAULT, *surveiller et punir*. 1975, Gallimard, p. 400.

²⁵² Cependant il existe d'autres typologies qui nous semblent moins pertinentes pour comprendre l'identification corporelle. Les professeurs Zenati et Revet préfèrent distinguer « *le corps humain envisagé comme un ensemble d'organes d'une part et d'autre part les éléments les produits du corps humain en tant qu'ils peuvent s'en détacher...* ». Dans cette perspective, les rapports avec le sujet sont niés ou du moins fortement limités. Or, dans la perspective de l'identification, les rapports avec le sujet sont structurels. Une autre perspective de systématisation était possible, considérer le corps comme une personne par nature et les éléments qui s'en détachent comme meuble voire dans certaines hypothèses comme meuble par destination. Cette dualité de classification à défaut d'être novatrice, permet de démontrer que la conception juridique du corps détermine l'existence et les limites de la biométrie. Voir notamment : ZENATI-CASTAING, F. & T. REVET, *Manuel de droit des personnes*. Dalloz, 2006, p. 339.

un ensemble composite (section II) pour lequel la fonction première du droit est d'assurer la circulation des éléments, au risque d'empêcher toute identification biométrique.

Section 1. Le corps comme sujet : postulat de la biométrie

101. Définition. La réponse anthropocentriste²⁵³ apportée par le droit civil, d'un rapport singulier²⁵⁴ voire d'une confusion entre le corps et la personne physique — le premier considéré comme un *substratum*²⁵⁵ de la seconde — constitue notre point de départ. Pour le très classique LALANDE « *personne physique se dit du corps d'un homme* »²⁵⁶, hérité du *persona* théâtral, son rôle nécessite un décor et un acteur : le corps. En effet, pour la biométrie, en poursuivant une finalité d'identification, la personne est le corps, de sorte que l'identifier revienne à identifier la personne physique. Au sein de cette confusion des identifications, un raisonnement circulaire est à l'œuvre : il n'y a pas de personne sans corps ni de corps sans personne. Ainsi, pour la biométrie, la controverse doctrinale entre les tenants du doyen CARBONNIER pour lequel « *le corps, c'est la personne* » et les tenants d'une distinction²⁵⁷ n'est pas pertinente. Car l'utilisation d'un système biométrique présuppose l'existence d'un lien et même la fusion entre ces deux concepts, les informations corporelles étant imputées à une personne physique. Cette prise de position qui peut sembler aléatoire est en réalité la conséquence de la finalité poursuivie, à savoir l'identification par la mesure du corps. Dans l'hypothèse contraire, si le corps n'est pas l'équivalent de la personne alors l'identification du premier ne peut avoir pour conséquence mécanique l'identification du second. Au surplus, cette finalité d'identification corporelle a une autre conséquence. En effet, elle implique, pour les besoins de la démonstration, une réduction de la personnalité à son identité, c'est-à-dire à son état civil²⁵⁸. Comme le remarque le Professeur X. BIOY « ... *la notion de*

²⁵³ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2014, p. 327.

²⁵⁴ « *le droit a besoin de percevoir (per sonare) la personne par l'intermédiaire de ces « éméteurs » que sont le visage et le corps humain* », J.-C. GALLOUX, « de la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant », *RRJ*, 1989, n°3, p. 548.

²⁵⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, PUF, 2004, p. 381

²⁵⁶ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Presses universitaires de France, 1976.

²⁵⁷ « *Sous le terme personne, le code civil n'a guère en vue... l'être de chair et de sang ; il le laisse sans défense aux mains de la médecine de la science dont la déontologie ne suffit plus à garantir le respect de la personne, ou à ses propres désirs vire transformés en droits que certains jugent « naturels »* ». C. LABRUSSE-RIOU, « l'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, vol. 13, 1991, p. 19.

²⁵⁸ Concernant le fonctionnement de l'état civil tant comme fondement que comme preuve de l'identité de la personne voir *Supra* titre 2. Dans ces développements, nous limiterons l'état civil à sa fonction de preuve de l'existence juridique de la personne.

personnalité juridique entretient des relations fortes avec le statut ou l'état (civil bien sûr), au point d'être souvent confondue avec elle ». ²⁵⁹ L'existence de l'état civil est alors considérée comme une preuve de l'existence de la personne. Et si nous avons conscience « d'inverser » le rapport logique entre la personne physique et son état civil, ce dernier étant une conséquence et non une preuve de l'existence de la personne, il est possible de constater que, relativement aux finalités de la biométrie, l'existence d'un état civil est bien une preuve de l'existence d'une personne physique. Dès lors, il est nécessaire de considérer comme fondée la proposition suivante : l'existence d'un état civil est une condition suffisante et exclusive pour déterminer l'existence d'une personne physique.

102. Fusion Corps/personne. Pourtant, derrière l'unité de la notion de « personne » se cachent au minimum quatre significations juridiques. La personne est avant tout conçue comme une personne juridique, c'est-à-dire comme un sujet de droit, elle est alors « *un point d'imputation des droits* ». D'ailleurs, c'est cette conception de la personne qui aujourd'hui détermine l'existence des droits fondamentaux et ce n'est pas un hasard si l'article 16 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques précise que « *Chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique* ». Elle distingue (fictivement) en deux catégories les personnes physiques et morales. A ce moment de l'analyse, il convient d'exclure les personnes morales de notre champ d'application puisque, par essence, elles sont créées pour être de pures fictions incorporelles. Concernant la personne physique, le débat quasi canonique entre réificateurs²⁶⁰ et personalistes²⁶¹ ne peut finir, dans la biométrie que par une victoire²⁶²

²⁵⁹ X. BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », *RDLF*, 2012, chron. n°12. Disponible en ligne.

²⁶⁰ C'est-à-dire le courant doctrinal qui prône l'existence d'un droit de propriété de la personne sur son corps, réifiant alors ce dernier. Voir notamment J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*, Éditions du Seuil, 1993, p. 243.

²⁶¹ Pour ce courant doctrinal, la confusion est totale entre le corps et la personne. Voir notamment G. CORNU, *Introduction. Les personnes. Les biens*, Précis Domat, 10e éd. 2001, n° 479 s. ; C. NEIRINCK, « La personnalité juridique et le corps », in *La personnalité juridique*, Presses universitaires de Toulouse I Capitole, *LGDJ*, 2011, pp. 57-67.

²⁶² Pourtant, si les personalistes ont gagné, dans le domaine de la biométrie, plus généralement, il est possible de constater que « *la victoire de cette théorie [...] a été toutefois plus symbolique que réelle. La loi du 29 janvier 1994 n'a pas empêché le mouvement de réification du corps humain* » P. Egea, « L'indisponibilité de la personne (Confession d'un masque) », in X. BIOY (Dir.) *La personnalité juridique*, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, *LGDJ*, 2011, p. 182.

de ces derniers²⁶³, « *puisque'il n'est [alors] pas déraisonnable de poser en principe que le corps c'est la personne* »²⁶⁴. Mais la notion de personnes humaines, apparue tardivement dans le champ juridique, mérite aussi quelques précisions. Concernant le rapport de la personne support des droits. Et pourtant, comme le remarquent certains auteurs, cette équivalence existe aussi vis-à-vis de la personne humaine. En effet, « *l'usage de la notion de personne humaine met ce sujet juridiquement en situation « d'être un corps », d'entretenir des relations sociales, d'être un corps socialement situé* »²⁶⁵.

103. Néanmoins, s'il est possible d'affirmer que dans la perspective d'utilisation des systèmes biométriques, le corps est la personne, cette confusion laisse cependant ouverte la question de l'antériorité d'un élément sur un autre. En ce sens, si ces deux éléments sont équivalents, la question de leur détermination causale ou contingente se pose alors avec acuité. Cette recherche de l'antériorité entre le corps et la personne peut être systématisée dans une double perspective, elle peut être relative soit à leur émergence soit à leur modification. Dans cette dernière hypothèse, l'antériorité prend la forme d'un lien de causalité, les modifications du corps étant aujourd'hui une cause des variations des éléments constituant l'état civil de la personne.

104. Si la question de l'influence d'un changement d'état d'un des éléments sur l'autre reste ouverte (paragraphe 2), il faut d'abord constater que, juridiquement, le corps préexiste à la personne (paragraphe 1).

²⁶³ En effet, ce n'est que dans l'hypothèse où le corps est la personne, qu'identifier l'un est équivalent à identifier l'autre.

²⁶⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, PUF, 2004 p.381

²⁶⁵ X., BIOY, « Le droit à la personnalité juridique », *RDLF*, 2012, chron. n°12 (www.revuedlf.com)

Paragraphe 1. L'existence du corps comme condition d'existence de la personne

105. Indépendamment de la séparation entre le droit et les faits, le corps comme catégorie juridique préexiste à la personne. En effet, pendant la naissance le corps existe matériellement avant sa reconnaissance comme vivant et viable, condition d'accession à la personnalité juridique. S'il peut factuellement exister des corps sans personnalité, il est difficilement concevable d'imaginer une personne physique fictive, c'est-à-dire sans corps. Même si la notion de personne physique est une construction juridique, une « personne juridique »²⁶⁶ pour reprendre l'expression de Hans Kelsen, il est possible de considérer, concernant la biométrie, que cette fiction n'est pas pertinente puisque par définition la biométrie se base sur le corps pour imputer ses mesures à une personne physique. Dans cette perspective, il semble logique que le corps existe pour la société et pour la biologie, avant que le droit ne s'en saisisse et ne le transforme en personne puisque la personne, fiction juridique, a besoin pour justifier son existence d'un *substratum*, à savoir le corps. D'ailleurs, il est possible de constater que cette affirmation est un domaine relativement balisé du droit civil (A) bien qu'une exception existe (B).

A. Une affirmation dans le cadre du Code civil

106. Le droit civil organise la confusion entre le corps et la personne physique. Néanmoins, cette confusion ne clarifie pas pour autant la temporalité d'existence de ces éléments. Or, la prééminence temporelle du corps sur la personne est un postulat pour le droit civil (A), ce dernier organise pourtant une exception limitée en matière patrimoniale (2).

1. Un principe jamais transposé en droit positif.

107. Une question inconnue du droit civil classique. La question des rapports entre la personne et son corps est une interrogation inconnue des rédacteurs du code civil ou de

²⁶⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la deuxième édition par C. EISENMANN, Dalloz, 1962, p. 229. Disponible sur Gallica.

leur prédécesseur²⁶⁷. Le code civil ayant été basé sur une *summa divisio*, les sujets de droit considérés comme la catégorie principale et les objets formant une catégorie résiduelle, « *le code civil français... a donc conçu le droit au service et à partir de la personne* »²⁶⁸ et n'a donc considéré le corps que cent quatre-vingt-dix ans plus tard, avec la modification de son chapitre I relatif « au corps » par les lois bioéthiques²⁶⁹. Si la confusion entre personne et sujet de droit a régné, la complexification et la multiplication des sens de la notion de personne ont renouvelé cette question. En effet, le Code Napoléon d'inspiration subjectiviste, non seulement ne s'intéressait pas au corps, mais considérait ce dernier comme un « *objet mobilier[...] soumis au régime juridique de la personne pendant tout le temps où il est à son service par la théorie de l'accessoire* »²⁷⁰. L'existence juridique du concept de corps était alors limitée au droit pénal qui en faisait encore le support de ses condamnations et au droit médical naissant. Tout au plus, c'est hors du droit, dans le discours religieux que se trouve l'apport d'un aspect corporel à la personne, comme le remarque J. ROCHEFELD « *La personne est ainsi, née, en droit romain, comme une abstraction technique, une notion. L'ancien droit recevra et usera également de cette conception technique et abstraite de la personne, dans le même temps où le christianisme attirait cependant l'attention sur le corps des individus.*²⁷¹ ». Cette confusion conceptuelle est aussi le résultat d'une absence de jurisprudence. En effet, le XIXe siècle n'a pas connu de contentieux nécessitant de dissocier le corps de la personne. Cette absence juridique s'explique aussi logiquement, dans une perspective utilitariste, en mobilisant le rasoir d'Ockam. L'utilité de dissocier des notions juridiques étant alors fonction de l'existence de régimes juridiques distincts. Et ce n'est qu'au XXe siècle que la doctrine opérera la fusion des deux concepts ou du moins, dans un premier temps, s'interrogera sur leurs liens. Concernant ces rapports, trois hypothèses peuvent être dégagées : soit la personnalité préexiste au corps, soit le corps est antérieur à la personne, soit ils apparaissent simultanément. Ontologiquement, l'existence du corps est une

²⁶⁷ Tout au plus, en droit canon l'hypothèse de la possession nécessitant un exorcisme pose l'hypothèse d'une séparation limitée entre le sujet de volonté et son corps.

²⁶⁸ J. ROCHEFELD *Les grandes notions du droit privé*, Presses Universitaires de France - PUF, 2011, p.9.

²⁶⁹ Lois n° 94-653, relative au respect du corps humain et n°94-654, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain.

²⁷⁰ X. LABBEE, article Corps in D. ALLAND, & S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*. Presses universitaires de France, 2003.

²⁷¹ J. ROCHEFELD *Les grandes notions du droit privé*, Presses Universitaires de France, 2011, p.9.

évidence et son antériorité semble toute aussi évidente, pourtant pour vérifier cette position, il est nécessaire de s'intéresser au moment d'apparition de la personne physique.

108. La naissance comme critère d'acquisition de la personnalité. Si l'antériorité du corps sur la personne semble logique, l'existence du fait déterminant la possibilité de qualification, elle n'est pourtant pas absolue. Jamais proclamée explicitement dans le code civil, l'acquisition de la personnalité du fait de la naissance et donc de la matérialisation d'un corps autonome connaît des limites voire des dérogations. Par principe, est reconnu comme personne physique l'enfant né vivant²⁷² et viable. Tout au plus, pour les nécessités de notre démonstration, pouvons-nous remarquer que le critère de *viabilité* n'est aujourd'hui²⁷³ que la transcription juridique d'une réalité technologique²⁷⁴. En effet, les progrès de la médecine aidants, il est possible de constater qu'un grand nombre de pathologies autrefois létales²⁷⁵ sont désormais curables. Ainsi, l'existence d'un corps autonome puisque vivant et viable semble être une condition nécessaire et suffisante à l'acquisition de la personnalité pour les personnes physiques²⁷⁶, acquisition déterminant son enregistrement à l'état civil. L'évidence de ce principe ne

²⁷² Le sort de l'enfant mort-né est réglé par l'article 79 du code civil qui prévoit » *Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès. A défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jours, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question.* ».

²⁷³ A contrario de cette vision centrée sur la technique il est possible de constater que « *Traditionnellement, deux critères se combinent. En premier lieu, on exige une « maturité suffisante », c'est-à-dire un minimum de gestation évalué longtemps à cent quatre-vingts jours, un poids, une ossification raisonnables. Mais la viabilité n'irait pas, en second lieu, sans bonne conformation ou organisation physique, ce qui signifie que l'enfant doit être dépourvu de monstruosité ou, plus scientifiquement, d'anomalies incompatibles avec la vie* ». C. PHILIPPE « La viabilité de l'enfant nouveau-né. », *Rec. Dalloz*, 1996, p. 29.

²⁷⁴ « *Aucune étape n'est déterminante, y compris la naissance qui varie naturellement et en fonction des interventions médicales. L'enfant né prématuré est plus fragile que celui qui va naître à terme. Le moment de la naissance peut dépendre d'une décision humaine. Le seuil de viabilité dépend largement des techniques médicales. Il a sensiblement évolué et continuera vraisemblablement à le faire. Si la vie humaine ne peut actuellement se développer qu'au sein du corps maternel, cette affirmation ne vaut ni pour ses débuts (insémination in vitro), ni à partir d'un certain seuil* » in J. MORANGE, « Les caractères du « Droit bioéthique » », *RDP*, vol. 6, 2011, p. 1521.

²⁷⁵ Par exemple la diphtérie, aujourd'hui marginale, était au XIX siècle la première cause de mortalité infantile.

²⁷⁶ Si la personnalité est acquise elle est alors sans état et c'est la déclaration à l'état civil, qui donnera au nourrisson son état civil, permettant alors à ses parents de bénéficier des droits rattachés.

masque pourtant que difficilement ses limites. Ces dernières sont de deux natures : la première est une dérogation, la seconde est une exception imposée par la nature.

2. La fiction de l'enfant conçu

109. Infans conceptus. Héritée du droit romain, la dérogation à l'acquisition de la personnalité par la naissance prend la forme d'un adage : *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Comme le remarque le Professeur NEIRINCK « Cette règle permet uniquement de faire rétroagir la personnalité juridique à la date de la conception au profit d'un enfant né vivant et viable. La personnalité juridique reconnue à l'embryon n'est acquise que sous la condition (suspensive) de naître. Sans naissance préalable, pas de personnalité juridique même si celle-ci peut ensuite se détacher partiellement de cet événement pour remonter le temps.²⁷⁷ ». Si cette fiction est nécessaire, notamment en matière patrimoniale, le cumul des deux critères conduit à une aporie, c'est dans cette perspective que le Professeur HERZOG-EVANS dénonce que « L'Humanité de l'enfant dépend du point de savoir non seulement s'il est né viable, mais encore s'il y va de son intérêt ; comme si le fait de mourir à la naissance affectait sa nature d'être humain et comme s'il pouvait aller de son intérêt de ne pas être considéré comme un Homme.²⁷⁸ » Irriguant le droit positif, mais jamais explicitement consacré, ce principe s'inspire les articles 725²⁷⁹ et 906²⁸⁰ du code civil. Ces articles concernent le droit patrimonial et l'existence d'un patrimoine pour l'enfant avant sa naissance.

110. Enfant à naître et personnalité. Cependant, « On observera [...] que la personnalité juridique de l'être humain n'est pas définie par la loi : nul texte de droit civil, de droit pénal ou d'une autre discipline juridique ne vient dire ce qu'est la personne

²⁷⁷ C. NEIRINCK, « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 841.

²⁷⁸ M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD Civ*, 2000, p. 65.

²⁷⁹ « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. Peut succéder celui dont l'absence est présumée selon l'article ». Article 725 du code civil.

²⁸⁰ « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable ». article 906 du code civil.

et notamment si ce concept inclut l'enfant conçu²⁸¹ » et cette absence n'est pas seulement légale mais aussi conventionnelle et constitutionnelle, tout au plus la jurisprudence du Conseil constitutionnel refuse en 1994²⁸² d'appliquer le principe de dignité de la personne humaine à l'embryon in vitro, position confirmée par la suite²⁸³. Doctrinalement, la nature de la personnalité qui découle de l'application de cette règle a entraîné des controverses qu'il est possible de schématiser en trois positions : la première considère l'enfant à naître comme doté d'une réelle personnalité, la seconde considère à la suite du doyen Cornu²⁸⁴ que l'acquisition de la personnalité par l'enfant conçu ne fait pas obstacle à ce que la naissance la transforme en personnalité plénière enfin le troisième courant plus minoritaire considère que l'enfant conçu n'est pas une personne²⁸⁵. Pour le juge, l'enfant simplement conçu peut faire l'objet d'une reconnaissance²⁸⁶, se voir reconnaître un préjudice en cas de dommages subis in utero²⁸⁷ ou compter dans une succession²⁸⁸. En revanche, il faut constater qu'à l'opposé du droit civil qui se montre enclin à tirer de cet adage des conséquences juridiques, la Cour de cassation refusant de reconnaître l'enfant à naître comme susceptible d'être victime du délit d'homicide involontaire²⁸⁹.

²⁸¹ J. PRADEL, « la seconde mort de l'enfant conçu », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2907.

²⁸² Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994. C. BYK, « La loi relative au respect du corps humain », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 39, 1994, pp. 405 – 414. B. MATHIEU, *Bioéthique: un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science*, *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, vol. 5, pp. 1019 – 1032, 1994. B. MATHIEU, « L'insuffisance des normes constitutionnelles face aux développements des sciences biomédicales ; Notes sous Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994 », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 16, 1995, pp. 237 – 241. M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'Humanité, les Droits de l'Homme et l'irréductible humain », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, 1994, pp. 477 – 490. B. EDELMAN, « Le Conseil Constitutionnel et l'embryon: décision numéro 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 27, 1995, pp. 205– 210.

²⁸³ Cons. Constit., Décision n° 2013-674 DC du 1^{er} août 2013, *Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires*.

²⁸⁴ G. CORNU, *Droit civil, Introduction. Les personnes, les biens*, 10^e éd., 2001, Montchrestien, n° 461. Cité par J. PRADEL, « la seconde mort de l'enfant conçu » *Recueil Dalloz*. 2001. n° 5, pp. 2907.

²⁸⁵ C. BYK, « L'embryon jurisprudentiel », *Gaz. Pal.*, 1997, Doctr. p. 1391.

²⁸⁶ CA Aix, 10 févr. 1806 ; Civ. 16 déc. 1811

²⁸⁷ Civ. 2e, 21 avr. 1966 ; JCP 1966. II. 14710

²⁸⁸ Civ. 1re, 10 déc. 1985, n°84-14328.

²⁸⁹ Cass. ass. plén., 29 juin 2001 *Dalloz*. 2001, *chron.* 2907 par J. PRADEL. M.-L. RASSAT, « homicide involontaire l'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire? l'assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 29, 2001, pp. 1432 – 1455. J. PRADEL, « La seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001) », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 36, 2001, pp. 2907 – 2913. Y. MAYAUD, « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 36, 2001, pp. 2917 – 2920. G. LOISEAU, « Histoire d'une vie violée: le fœtus n'est pas une personne », *Droit*

111. Enfant à naître et identification. Toutefois, concernant ses effets juridiques, il faut restructurer les termes de ce débat en interrogeant cet adage non pas en matière de patrimoine, mais d'identification. Est-ce que la présence de deux personnes dans un même corps que semble imposer cet adage est un obstacle dirimant au postulat de la biométrie, à savoir l'équivalence entre le corps et la personne. Trois arguments peuvent être mobilisés pour contourner cette apparente aporie. Le premier argument porte sur la qualification de personne : l'enfant à naître n'est pas une personne mais une personne particulière, potentielle²⁹⁰, future²⁹¹, ou non plénière, voire une personne par destination²⁹² ; dans cette perspective, il n'y a plus d'équivalence à cause des prédicats rattachés au concept de personne. Le second argument porte sur le champ d'application de cet adage, adage de droit romain appliqué en matière de succession et de libéralité, sa portée est très circonstanciée malgré la volonté de la Cour de cassation d'en faire un principe général du droit²⁹³. Ainsi, il s'agirait d'une règle spéciale connaissant un champ d'application limité ne pouvant alors matériellement rencontrer la volonté d'identification étatique. Enfin, le dernier argument repose précisément sur la logique d'identification qui sous-tend la biométrie. En ce sens, l'identification ne peut porter que sur une entité autonome. Identifier deux individus indissolublement et même temporairement liés n'est pas une nécessité pour l'État. Autrement dit, concernant la biométrie, l'identification de la femme enceinte suffit, celle du fœtus n'étant qu'une conséquence et non une nécessité.

112. Cependant il existe une autre hypothèse de fusion de deux individus. Bien que marginale voire exceptionnelle cette indissociation biologique entre des corps et des individus et connue sous le nom de personnes siamoises.

et Patrimoine, vol. 98, 2001, pp. 99 – 101. A. LAMBOLEY, « L'enfant à naître ne peut être victime d'un homicide involontaire: Regard critique sur la décision du 29 juin 2001 de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *Médecine et Droit*, vol. 52, 2002, pp. 5 – 11. J.-P. DOUCET, « Le lit de Procuste », *La Gazette du Palais*, vol. 88, 2002, pp. 10 – 12.

²⁹⁰ CCNE, Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques. Rapport. N°1 - 22 mai 1984.

²⁹¹ « *Personne à naître dont l'intérêt fonde l'aptitude à jouir de certains droits... Désigne un enfant déjà conçu* ». In G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

²⁹² LABBEE. X., *La condition juridique de la personne avant la naissance et après la mort*, PU Lille, 1991.

²⁹³ « *La détermination des enfants a charge vivant au foyer, doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit, spécialement a celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé ne chaque fois qu'il y va de son intérêt* » Cour de cassation, Chambre civile 1, 10 décembre 1985, pourvoi n° 84-14328.

B. Une exception factuelle imprévue : les siamois

113. Limitation aux exceptions biologiques. La nature même de l'exception est d'être imprévisible ; l'exception, c'est la suspension du principe, non à cause d'une éventuelle carence²⁹⁴ ou imprécision,²⁹⁵ mais à cause de l'inadéquation des catégories juridiques²⁹⁶. Cette définition de l'exception, comme situation imprévisible et atypique²⁹⁷, est étrangère à celle juridiquement admise au sein de la dialectique principe-exception. Afin de délimiter notre cadre de recherche, nous ne nous intéresserons non pas aux exceptions provoquées ; « *aux perspectives frankensteinniennes de la biologie contemporaine* »²⁹⁸, mais aux pathologies naturelles. Sans prendre en compte l'hypothèse d'un Prométhée moderne, créant un corps à deux têtes ou transplantant un cerveau²⁹⁹, mais uniquement aux pathologies existantes comme telles sans intervention humaine visant à les créer ou les développer. Cette limitation du champ d'étude peut paraître en opposition avec la définition retenue de l'exception. Toutefois, l'imagination scientifique, voire scientifique, n'ayant pas de limite, l'exclusion des modifications volontaires est un préliminaire nécessaire à toute tentative de systématisation.

114. Les isiopagus. Le point de départ de notre réflexion sur la dissociation entre le nombre de corps et de personnes est constitué par l'existence d'isiopagus. C'est-à-dire d'individus parasités par des éléments d'un autre corps, qui en sont des excroissances, vestiges d'un jumeau devenu parasite. En novembre 2007, ce ne sont pas moins de quatre

²⁹⁴ La dénonciation des éventuelles carences ou lacunes du droit notamment dans l'encadrement des nouvelles technologies est un faux débat notamment dans un système répressif ou tout ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé. Dans cette perspective, la question de l'existence des lacunes, de l'incomplétude ou des vides juridiques ne se pose pas puisqu'il s'agit précisément du champ d'application des libertés.

²⁹⁵ L'interdiction déjà ancienne du déni de justice se retrouve en droit français à l'article 4 du code civil ou à l'article 6§1 de la CEDH.

²⁹⁶ Cette idée de l'exception comme ce que le droit ne peut encadrer est à rapprocher de l'état d'exception de Carl SCHMITT. Voir notamment C. SCHMITT, *Théologie politique: 1922, 1969*, Gallimard, 1988, p. 182.

²⁹⁷ Voir en ce sens la dernière définition de l'article exception in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004.

²⁹⁸ O. CAYLA, « Bioéthique ou Biodroit ? ». *Droits*, 1991, p. 3.

²⁹⁹ Cette hypothèse de la transplantation de cerveau déjà présente chez Locke dans son roi devenu mendiant, a été déclinée philosophiquement par SHOEMAKER in *Self knowledge & self identity*, Cornell University Press, 1963 in S. FERRET, *L'identité*, Flammarion, 2011.

membres surnuméraires qui ont été retirés à une fillette indienne³⁰⁰ atteinte d'une forme sévère d'isiopagus. Le statut juridique de ces membres montre les limites de la qualification juridique : peut-on les considérer comme des éléments du corps humain alors qu'ils sont le cadavre d'un autre ? Si la question reste ouverte concernant les membres surnuméraires, elle connaît une réponse classique en ce qui concerne les membres « normaux ». En effet, face à cette pathologie le droit et la science sont unanimes : il n'y a qu'un seul corps et qu'une seule personne. L'isiopagus traité comme un doigt surnuméraire, n'invalide en rien la jonction du corps et de la personne. Les autres membres étant alors des excroissances, des éléments non nécessaires dont la suppression est du domaine du droit médical et non du droit pénal.

115. Les siamois. Néanmoins, le cas des jumeaux siamois vient enrichir notre réflexion, comme le note le professeur X. BIOY « *le cas fort passionnant et non encore élucidé en doctrine juridique, des jumeaux conjoints, ce que l'on nomme couramment des « Siamois », amène à réfléchir sur la disjonction des qualifications juridiques et biologiques d'individu.* »³⁰¹ Cette disjonction porte en réalité sur l'égalité au sens mathématique entre le corps et la personne. Numériquement, à un corps doit correspondre une personne et vice versa. Avant d'aller plus en avant dans l'analyse juridique de ce cas particulier, il convient avant tout de définir cette pathologie. De façon générale, les siamois sont des « *jumeaux, jumelles, rattachés l'un à l'autre par deux parties homologues de leurs corps : tête, bas du dos, région épigastrique* »³⁰². L'absence de précision juridique s'expliquait en 1804, dans la mesure où le premier cas présenté en France des jumeaux de Siam date de 1829³⁰³ et s'explique aujourd'hui par le caractère marginal de cette pathologie³⁰⁴. Mais, faiblesse statistique n'est pas inexistance, même si

³⁰⁰

http://www.lefigaro.fr/sciences/20071106.WWW00000502_operation_hors_du_commun_en_inde.html

³⁰¹ X. BIOY., le concept de personne humaine en droit public. Dalloz, 2003, p. 295

³⁰² P. ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Dictionnaires Le ROBERT*, 2012.

³⁰³ Bien que cette pathologie était précédemment connue sous l'appellation « double enfant », Voir notamment Regnault G., *Les Écarts de la nature, ou Recueil des principales monstruosité que la nature produit dans le genre animal, peintes d'après nature, gravées et mises au jour par les Sr et Dr Regnault*. Paris, 1775. Disponible sur Gallica.Fr.

³⁰⁴ En effet, s'il y a 12 jumeaux pour 1000 naissances, seuls 8% de ces jumeaux sont monozygotes, au sein de ces jumeaux monozygotes 1/ 750000 est un siamois, donc il y a environ : 125/ 10 000 000 soit en pourcentage 0,00000125% des naissances entraînent des siamois.

tant le législateur que le juge se sont abstenus par le passé d'en interdire les exhibitions, pour aujourd'hui les considérer d'un point de vue plus éthique que juridique³⁰⁵. Malgré cela, la question de la présence de deux personnes pour un seul corps est, pour notre postulat de départ — l'équivalence corps/personne — problématique.

116. Caractère fictif du raisonnement. Face à l'absence de jurisprudence ou de normes spéciales les concernant, il faut partir de l'hypothèse qu'il y a bien deux personnes en un seul corps³⁰⁶. Cependant, cette dissociation entre le nombre de corps et de personnes appelle quelques précisions. En l'absence de pathologie type, il faut considérer les différents types de siamois comme un éventail qui vont des formes les moins intégrées, donnant lieu à une séparation, aux formes les plus fusionnées empêchant (en l'état actuel des sciences et des techniques) toute forme de séparation³⁰⁷. En effet, il n'existe pas par nature des siamois séparables, ce critère est fonction du progrès technique et ne peut donc servir à déterminer le nombre de personnes existantes.

117. Postulat. il faut donc postuler qu'indépendamment des modalités du rattachement, il y a deux personnes pour un corps. Toutefois, ce postulat peut être étayé par un élément empirique et par un raisonnement *a contrario*.

118. Le premier, le plus évident, est de nature empirique : l'existence de deux prénoms impliquerait l'existence de deux États civils et corollairement de deux personnes. Ainsi, les jumeaux de Siam, CHANG et ENG BUNKER au sujet desquels a été popularisée l'expression siamois, étaient individualisés par leurs prénoms. Cet élément est juridiquement trop faible pour soutenir notre raisonnement et il n'existe pas à notre connaissance de texte de droit obligeant à déclarer deux personnes, l'obligation de

³⁰⁵ « Sans aller jusqu'à évoquer ici les « Untermenschen » ou « sous-hommes » stigmatisés comme tels par l'Allemagne nazie - encore qu'il ne soit pas inutile de rappeler que les nains en faisaient précisément partie -, on ne peut qu'être frappé par la parenté unissant un tel spectacle avec les jeux du cirque de l'Antiquité, dont on connaît le rôle de canalisation des pulsions sadiques de la population. Et l'on ne peut davantage s'empêcher de comparer le sort du nain Ainsi, exhibé avec celui réservé aux phénomènes de foire, tels que les frères siamois, victimes de régressions génétiques ou autres monstres en tous genres, qui tendent aujourd'hui fort heureusement à disparaître, mais dont un film comme « Elephant Man », de David Lynch, a pu souligner, à juste titre, la situation de profonde détresse » Conclusion FRYDMAN sous CE, ass, 1995, Commune de Morsang sur Orge, RFDA 1995, p. 1206.

³⁰⁶ Il semblerait que deux enfants soient déclarés à l'état civil dissociant ainsi le nombre de personnes de celui des corps.

³⁰⁷ Il faut préciser que la séparation est fonction des progrès des sciences et des techniques et non une qualité intrinsèque à la pathologie.

déclaration portant sur la naissance aux termes de l'article 55 du Code civil³⁰⁸, ce dernier prévoyant aussi l'attribution d'un prénom à l'enfant sans pour autant lier le nombre de déclarations au nombre d'enfants à déclarer. Pourtant, la question de l'inscription des siamois à l'état civil est ancienne, puisqu'on retrouve dans les registres de la commune d'Argenteuil-sur-Armencon dans l'Yonne une mention de la « naissance » d'un enfant bicéphale le 19 septembre 1646. Pour le Curé, il s'agit bien d'un seul enfant³⁰⁹. Au contraire, aujourd'hui, les siamois semblent être considérés par l'état civil comme des jumeaux fusionnés impliquant une double déclaration et donc logiquement, deux états civils. En effet, bien qu'aucun texte de droit positif, ni aucune jurisprudence n'existent à ce sujet, les déclarations de naissance ont lieu sur la base du certificat médical d'accouchement faisant état de la naissance d'un ou plusieurs enfants sans aucune précision sur d'éventuelles particularités. Par principe, les services de l'état civil n'ont donc pas connaissance du fait que deux enfants sont siamois. Ils sont présentés comme jumeaux et enregistrés comme tels avec des états civils séparés.

119. Acquisition de la personnalité et siamois. Le second argument qui milite pour l'existence de deux personnes distinctes dans un même corps est une interprétation *a contrario* des procédures d'acquisition de la personnalité pour les personnes physiques. En effet, il n'existe qu'un seul mode d'acquisition de la personnalité pour les personnes physiques : la naissance. Ainsi, l'enfant en naissant acquiert sa personnalité. Par hypothèse, on peut imaginer que les siamois n'acquièrent qu'une seule personnalité, vérifiant ainsi, notre postulat de départ, confirmé par le traitement de l'isiopagus, qu'à un corps est attaché une personne. Or, si les siamois n'étaient qu'une seule personne, la séparation conduisait l'une des deux entités à être privée de la personnalité, vu qu'elle ne pourrait l'acquérir du fait de la séparation, ainsi, l'un des siamois privé de la personnalité juridique serait exclu *de jure* du monde des vivants. En conclusion, pour les siamois,

³⁰⁸ « Les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu. Lorsqu'une naissance n'a pas été déclarée dans le délai légal, l'officier de l'état civil ne peut la relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant et mention sommaire en est faite en marge à la date de la naissance. Si le lieu de la naissance est inconnu, le tribunal compétent est celui du domicile du requérant. Le nom de l'enfant est déterminé en application des règles énoncées aux articles 311-21 et 311-23. En pays étranger, les déclarations aux agents diplomatiques ou consulaires sont faites dans les quinze jours de l'accouchement. Toutefois, ce délai peut être prolongé par décret dans certaines circonscriptions consulaires. »

³⁰⁹ Ce choix de considérer un seul et unique enfant est à rapprocher de la croyance aristotélicienne dans le cœur comme organe principal, dès lors les siamois de l'Yonne ne possédant qu'un seul buste, il était logique de ne les considérer comme un seul et même enfant.

indépendamment des possibilités de séparation, les deux personnalités doivent être acquises à la naissance bien que portant sur un même corps.

120. Caractère temporaire de la liaison entre siamois. Néanmoins, les progrès de la science aidant, la disjonction entre le nombre de personnes et de corps est temporaire entre la naissance et l'opération de séparation. Si cet argument est très faible juridiquement, ce caractère temporaire est à rapprocher du caractère temporaire de la reconnaissance de la personnalité de l'enfant à naître. Ainsi, il y aurait deux personnes physiques par anticipation de la séparation. Cependant, l'équivalence entre le corps et la personne connaît alors une exception statistiquement marginale, mais existante, l'hypothèse de siamois ne pouvant être séparés de leur vivant. Dans cette hypothèse, deux personnes cohabitent alors dans un même corps, non plus de manière temporaire, mais tout au long de leur vie, de leur naissance à leur mort. Il est à préciser qu'il s'agit d'une hypothèse qui ne se réalisera qu'à la mort des siamois. Et ce passage de la vie au trépas, rend impossible l'hypothèse où deux personnes cohabitent dans un même corps tout au long de leurs vies. En ce sens, la mort entraîne la disparition de la personnalité et le passage du corps au cadavre. Dès lors, en menant ce raisonnement à son paroxysme, la question des rapports entre le corps et la personne disparaît avec la mort puisque le corps devient cadavre. Toutefois et bien que ce raisonnement soit purement fictif, il est possible d'imaginer qu'un seul des siamois décède et la qualification juridique de l'enveloppe de chair devient alors incertaine : corps pour l'un et cadavre pour l'autre.

121. Si par principe le corps préexiste à la personne, les deux limites à ce principe sont essentiellement temporaires et s'expliquent soit par certaines considérations « juridico pratiques »³¹⁰ soit par l'état des sciences et des techniques qui justifie le caractère exceptionnel de la situation. Maintenant que la chronologie dans l'existence a été clarifiée, la personne préexistant systématiquement au corps, on peut s'intéresser aux conséquences d'une modification corporelle dans l'état des personnes.

³¹⁰ M. HERZOG-EVANS, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD Civ*, 2000, p. 65.

Paragraphe 2. La modification de l'état du corps comme condition de la modification de l'état des personnes

122. La question de l'apparition étant clarifiée, il est désormais possible de s'intéresser au problème des conséquences d'une modification d'un élément sur un autre. Et si la modification de l'état des personnes ne peut avoir aucune conséquence sur le corps de cette dernière, l'hypothèse inverse est juridiquement plus féconde. Effectivement, si l'influence de modifications corporelles sur l'état des personnes a été sujette à un véritable dialogue des juges, ce dernier a eu lieu autour de l'épineuse question du changement de sexe dans l'état civil des personnes atteintes d'un syndrome de transsexualisme. D'ailleurs, aucune autre information contenue dans l'état civil, n'aurait pu faire l'objet de ce type d'interrogation ; puisque l'enregistrement du sexe est le seul marqueur corporel renseigné dans les registres³¹¹. Si pendant longtemps le principe d'indisponibilité a agi comme un frein aux modifications de l'état des personnes (A), la limitation de son champ d'application – à l'exclusion du sexe de la personne — a ouvert la voie à une modification de l'état civil (B).

A. Des modifications limitées par le principe d'indisponibilité de l'état civil

123. État des personnes et principe d'indisponibilité. Couramment défini comme « *la place [que la personne] occupe pour le droit civil, pendant sa vie, dans la société et dans la famille à laquelle elle appartient* »³¹² l'état des personnes « *qui concourent à identifier et à individualiser chaque personne dans la société* »³¹³ porte sur certaines « *qualités relativement permanentes de la personne* »³¹⁴. Si les éléments d'identification sont nombreux (le nom, le prénom, le domicile...) seul l'enregistrement

³¹¹ Sur les informations enregistrées à l'état civil, voir *supra* p. 278.

³¹² Y. Buffelan-Lanore, et V. Larribau-terneyre, *Droit civil*, Sirey, LMD, 2011, p. 302.

³¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

³¹⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

du sexe inscrit une ontologie corporelle. Concernant son régime juridique, si l'état des personnes n'est pas immuable, il est classiquement présenté comme imprescriptible et indisponible. Cette dernière qualité ne le fige pas dans le marbre, mais conduit à considérer que « *la volonté n'a pas en principe le pouvoir de [le] modifier* »³¹⁵. Et si le changement de sexe a été historiquement présenté comme une limite absolue à la volonté du parlement Anglais³¹⁶, force est de constater que la chirurgie moderne a rendu possible ce changement, qui a entraîné une nouvelle appréhension de l'état des personnes pourtant toujours indisponible.

124. État des personnes et indisponibilité. Ce principe tutélaire du droit civil connaît deux perspectives d'utilisation. Dans une perspective qu'il est possible de qualifier de « privatiste », l'état de la personne est déterminé par un tiers qui précise substantiellement les éléments qui le composent. Dans une perspective qualifiée de « publiciste » « *l'état des personnes sert à marquer l'existence juridique et l'identification de la personne dans le groupe social* »³¹⁷. Dans cette fonction, historiquement première, l'état des personnes est soumis à un principe : l'indisponibilité. Reste à définir le caractère indisponible de cet état qui ne se confond pas pour autant avec sa définition. L'indisponibilité est une qualité ajoutée à l'état et non un élément de sa définition, comme le note M. GOBERT « *l'état d'une personne n'est pas à vrai dire l'ensemble de ses droits et de ses obligations, c'est une situation juridique au respect de laquelle l'ordre public est intéressé. C'est ce qu'il importe de comprendre pour poser l'importante question de l'indisponibilité de l'état* »³¹⁸. Néanmoins, la stabilité des situations juridiques³¹⁹, fonction sous tendue par le principe d'indisponibilité, fait écho à un autre principe stabilisateur. En effet, ce principe est dans la logique de la confusion

³¹⁵ *Idem.*

³¹⁶ « *le parlement Anglais peut tout faire sauf changer un homme en femme* ».

³¹⁷ J. ROCHEFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, Puf, 2011, p.40.

³¹⁸ M. GOBERT, « *Reflexion sur les sources du droit et les « principes d'indisponibilités du corps humain et de l'état des personnes, A propos de la maternité de substitution* », *RTD Civ.* 1992, p. 519.

³¹⁹ « *Le principe d'indisponibilité apparait comme un principe de persistance. Il importe que les personnes demeurent, qu'elles persèverent dans leur être. Leur existence mouvante, leur histoire, les événements variés qui modèlent toute vie, tout cela exprime et se meut sur fond d'indisponibilité. La persistance de la personne si important pour l'organisation de la vie en société comme pour la stabilité des relations entre individus est garantie en droit par l'indisponibilité qui devient ainsi l'une des conditions sine qua non de l'ordre juridique* ». P. EGEA, « *L'indisponibilité de la personne (Confession d'un masque)* », in X. BLOY (Dir.) *La personnalité juridique*, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 182.

corps/personne, le pendant de l'indisponibilité du corps humain³²⁰. À eux deux ces principes sont garants de la stabilité du corps et de l'état de la personne nécessaire à toute identification objective.

125. Le corps la personne et l'indisponibilité. Pour la biométrie, l'identité entre le corps et la personne a pour conséquence qu'identifier le corps revient à identifier la personne³²¹. Cette affirmation a pour fondement le principe d'indisponibilité du corps³²². En droit civil la libre disposition sous-entendrait un droit de disposition de la personne sur son corps, ce dernier prenant alors la forme d'une aporie et d'une contradiction puisqu'elle sous-entendrait que la personne soit propriétaire³²³ d'elle-même et qu'elle soit à la fois sujet et objet de droit, ce qui constituerait une remise en cause de la *summa divisio*. La nature de ces liens a donné lieu à une controverse doctrinale intense. Face à cette aporie, il convient de chercher les « cygnes noirs »³²⁴, c'est-à-dire les exceptions qui permettent d'invalidier, de falsifier³²⁵ tant la proposition de départ que son corollaire.

126. Indisponibilité et identité objective. À l'indisponibilité de l'état des personnes répond le caractère indisponible du corps³²⁶. En interdisant pendant cent quatre-vingt-huit ans, puis en limitant les modifications volontaires de l'état des personnes, le droit civil et son gardien ont garanti l'existence d'un seul état civil par personne et donc d'une seule

³²⁰ « Le corps étant une chose hors commerce, au sens de l'article 1128 du code civil, il ne pouvait être l'objet d'une convention avec autrui. Dès lors, nul ne pouvait céder des droits sur son propre corps et, réciproquement, personne ne pouvait acquérir de droits sur le corps d'autrui. La raison de cette indisponibilité était clairement que le corps humain étant indissolublement lié à la personne, il devait le rester » M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 31.

³²¹ Il est notable que cette relation fonctionne dans les deux sens, cependant au regard de notre objet d'étude, seule le lien entre l'identification du corps vers l'identification de la personne semble pertinent.

³²² Pour une étude de ce principe voir *supra* p. 117 et s.

³²³ Ce qui est expressément interdit par l'article 16-5 du code civil pour lequel « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ».

³²⁴ N. TALEB, *Le cygne noir : la puissance de l'imprévisible*, Les belles lettres, 2010, p. 496.

³²⁵ Pour reprendre l'expression de K. Popper qui précise qu'un énoncé se trouverait falsifiée « si la logique autorise l'existence d'un énoncé ou d'une série d'énoncés d'observation qui lui sont contradictoires, c'est-à-dire, qui la falsifieraient s'ils se révélaient vrais » K. POPPER, cité par A. CHALMERS, *Qu'est-ce que la science ?*, Paris, La Découverte, 1987, p. 76.

³²⁶ Ce lien est la conséquence du progrès technique, comme le remarquait des 1991, CATHERINE LABRUSSE-RIOU « Les possibilités technologiques de manipulation de l'identité civile obligent les juristes à penser sous un jour nouveau le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes qui vise moins au respect de la nature humaine en ce que l'identité de chaque homme est instituée par le droit dans un ordre de relations aux autres » in C. LABRUSSE-RIOU, « L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne » *Droits*, 1991, p. 19.

identité relativement stable. Classiquement, ce principe garantissait l'unicité de l'identité des personnes, perçue alors comme un corollaire logique de l'unicité du patrimoine pour la doctrine civiliste. Dans cette perspective, l'identité est objective puisqu'elle s'impose aux individus. Et le principe d'indisponibilité est alors le gardien *ratione temporis* de la stabilité de l'identité. Et si aujourd'hui dans la détermination substantielle de l'identité, l'individu bénéficie d'une part de subjectivité pour ses descendants voire dans certains cas particuliers pour un tiers³²⁷, ces éléments se figent dans le marbre de l'état civil³²⁸ et deviennent indisponibles pour la personne.

127. Néanmoins, si des procédures de modification tant administrative que judiciaire³²⁹ de l'état civil existent pour des éléments non corporels de l'état civil, en ce qui concerne l'enregistrement de caractéristiques corporelles, les modifications sont aujourd'hui autorisées notamment concernant le sexe de la personne. Cette atténuation du principe d'indisponibilité de l'état civil a été favorisée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment sur la question des modifications du sexe dans l'état civil des transsexuels car, désormais « *contrairement à ce qui a été longtemps défendu, l'indisponibilité n'est pas synonyme d'intangibilité* »³³⁰.

B. Les modifications du corps conditionnant l'état des personnes

128. Identité sexuelle et transsexualisme. C'est en 1968, durant les Jeux olympiques de Grenoble que le premier cas de transsexualisme subi a été mondialement dévoilé. Erika SCHINEGGER, skieuse autrichienne s'est révélée lors d'un contrôle sanguin être génétiquement un homme. Erika porta le prénom d'Érik à partir de 1986. Les progrès de la science ont révélé que, loin d'être une donnée binaire, le sexe de la personne fonctionne

³²⁷ *Idem* pour née sous X

³²⁸ Voir *supra* p. 263 et s .

³²⁹ Article 99 du code civil » *La rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal. La rectification des jugements déclaratifs ou supplétifs d'actes de l'état civil est ordonnée par le tribunal. La requête en rectification peut être présentée par toute personne intéressée ou par le procureur de la République ; celui-ci est tenu d'agir d'office quand l'erreur ou l'omission porte sur une indication essentielle de l'acte ou de la décision qui en tient lieu. Le procureur de la République territorialement compétent peut procéder à la rectification administrative des erreurs et omissions purement matérielles des actes de l'état civil ; à cet effet, il donne directement les instructions utiles aux dépositaires des registres. ».*

³³⁰ P. Egea, « L'indisponibilité de la personne (Confession d'un masque) », in *La personnalité juridique*, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 190.

sur un trépied³³¹ dont les différentes formes présentent des incohérences qui conduisent à multiplier les catégories biologiques au détriment de la pureté de la distinction juridique entre hommes et femmes.

129. Identité sexuelle et indétermination. Concernant les éléments corporels composant l'état des personnes, si l'âge déterminé à partir de la date de naissance peut y être rattaché, le seul vrai marqueur corporel est le sexe. Si ce dernier connaît de nombreuses définitions, il ne s'en trouve pas de juridique. Comme le remarque Dominique SARCELET, Avocat général à la Cour de cassation ; « *Ce n'est donc, en l'absence de définition du sexe que l'apparence qui en fonde la détermination*³³² ». Si le droit distingue homme et femme au sein des personnes physiques, ces deux catégories sont alternatives et exclusives³³³. Pourtant, la pureté des distinctions juridiques est mise à mal par deux hypothèses factuelles qui viennent contrarier cette dichotomie.

130. Indétermination sexuelle. Tout d'abord, lors de l'établissement de l'acte de naissance, peut se poser le problème du « sexe indéterminé »³³⁴ de l'enfant. Dans cette

³³¹ A. DEBET, « Le sexe et la personne », *Les Petites Affiches*, 2004, p.131. « *Le sexe est une donnée qui a plusieurs composantes : les composantes objectives ou médicales, d'abord. Elles sont au nombre de trois. Toutes découlent de la première, le sexe chromosomique, sexe génétique, déterminé dès la conception. Le sexe chromosomique détermine généralement, sauf anomalies, le sexe morphologique féminin ou masculin. Ce dernier est le sexe génital le plus apparent. À celui-ci s'ajoute le sexe hormonal. Les composantes du sexe sont ensuite subjectives : le sexe psychologique et le sexe psychosocial. Le premier est le sentiment qu'a un individu d'appartenir au sexe déterminé par sa morphologie et par ses chromosomes. Le sexe psychosocial est constitué par les comportements que l'individu adopte dans la vie sociale : ceux d'un homme ou ceux d'une femme, son apparence, etc. Dans la grande majorité des cas, tous ces critères sont concordants et la détermination du sexe de la personne ne pose guère de difficultés.* ».

³³² D. SARCELET, « L'exigence de preuve de la réalité du syndrome transsexuel : le caractère irréversible de la transformation de l'apparence sexuée », *Gazette du Palais*, vol. 173, 2012, p. 8.

³³³ Cependant, cette division est aujourd'hui atténuée par le jugement (non définitif) du TGI de Tours le 20 août 2015 de modifier le mention du sexe dans l'état civil en : « sexe neutre ».

³³⁴ Instruction d'état civil « 288 Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur. Si, dans certains cas exceptionnels, le médecin estime ne pouvoir immédiatement donner aucune indication sur le sexe probable d'un nouveau-né, mais si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans, à la suite de traitements appropriés, il pourrait être admis, avec l'accord du procureur de la République, qu'aucune mention sur le sexe de l'enfant ne soit initialement inscrite dans l'acte de naissance. Dans une telle hypothèse, il convient de prendre toutes mesures utiles pour que, par la suite, l'acte de naissance puisse être effectivement complété par décision judiciaire. Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents de choisir pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon. ».

hypothèse, le droit civil prévoit l'inscription du « *sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical* » ; ce recours à la plus grande probabilité dissocie du moins pendant un temps les sexes biologique et juridique. Cette hypothèse prévue par le droit positif n'invalide que partiellement le principe d'indisponibilité des personnes. En effet, l'ambiguïté sexuelle n'est pas fonction de la volonté, elle garde pour le droit civil un caractère objectif. Il s'agit alors d'enregistrer une situation différente, mais qui devrait advenir. Dans cette perspective, l'état des personnes reste extérieur à leur volonté et la dichotomie entre l'état du corps face à l'état des personnes n'est que temporaire, le droit se trouvant alors à « l'avant-garde » des faits.

131. Transsexualisme. La seconde hypothèse, juridiquement plus problématique, concerne les transsexuels³³⁵. Si le syndrome de Benjamin fut théorisé au début des années cinquante, il a fallu attendre le milieu des années soixante-dix pour que cette pathologie devienne un cas d'espèce. Pouvant être défini comme « *le sentiment éprouvé par un individu normalement constitué d'appartenir au sexe opposé avec désir intense et obsédant de changer d'état sexuel, anatomie comprise, pour vivre sous une apparence conforme à l'idée qu'il s'est faite de lui-même* »³³⁶, le régime juridique du transsexualisme a connu une évolution à deux temps.

132. Dans un premier temps, les juridictions nationales³³⁷ ont refusé de faire droit aux demandes de changement d'état civil des transsexuels en considérant « *que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes au respect duquel l'ordre public est intéressé*

³³⁵ « *Le transsexuel ne présente aucune anomalie génétique ou hormonale, du moins aucune qui soit connue. Le transsexualisme, ou syndrome de Benjamin, est caractérisé par une contradiction entre le sexe physique apparent déterminé génétiquement et le sexe psychologique. Depuis l'enfance, le transsexuel s'est identifié au sexe opposé. Il souffre d'une « épouvantable erreur de la nature ». Il ne se considère pas comme un malade, d'où l'inutilité, selon lui, d'un traitement psychiatrique ou d'une cure psychanalytique. Il ne désire qu'un ajustement entre réalité psychique et réalité physique. Or, la médecine et la chirurgie lui permettent, désormais, d'espérer un tel changement* ». In A. DEBET, « Le sexe et la personne », *Les Petites Affiches*, 2004, p.131.

³³⁶ J.-M. LARRALDE, « l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'identité sexuelle », *RTDH*, 2006, n°65, pp.35-54.

³³⁷ « *la jurisprudence a également subi quelques métamorphoses, allant de l'indisponibilité de l'état qui exige une cause étrangère à la volonté de l'intéressé, à un refus du changement de sexe sur le fondement d'un transsexualisme même médicalement reconnu, en passant par la primauté des caractères génétiques et anatomiques* » in F. ZENATI-CASTAING, & T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, 2006, p. 339.

interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi, obtenues »³³⁸. Pour la Cour de cassation, il était matériellement impossible de changer de sexe ³³⁹. Car, subjectivement, la variation de l'état civil était alors empêchée par le caractère volontaire de la transformation physique³⁴⁰, l'état des personnes étant indisponible pour la personne³⁴¹.

133. Évolution de la jurisprudence de la CEDH. Dans une même logique, la CEDH refusait³⁴² de considérer que l'interdiction du changement d'état civil portait atteinte aux articles 8³⁴³ et 14 de sa convention relatifs au droit au respect de la vie privée et à l'interdiction des discriminations. Pourtant, ce refus était, de l'aveu même de la Cour, « circonstanciel » comme elle le précise dans son arrêt Cossey³⁴⁴ « *La Cour n'a connaissance d'aucun progrès scientifique significatif accompli dans l'intervalle (entre l'arrêt Rees et Cossey) ; il demeure vrai, notamment [...] qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé* ». Le caractère relatif de cette position a entraîné un changement partiel de jurisprudence en 1992 de la part des juges du Conseil de l'Europe. Dans son arrêt de revirement *b. c/France*³⁴⁵, la Cour estima « *indéniable que les mentalités ont évolué que la science a progressé et que l'on attache une importance croissante au problème du*

³³⁸ Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 16 décembre 1975, pourvoi n°73-10.615, Publié au bulletin.

³³⁹ « *Mais attendu que le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'ayant pas pour autant acquis ceux du sexe opposé* » Cour de Cass., 1^{er} Civ., 21 mai 1990, 88-12829. Voir notamment, Gobert M., « le transsexualisme ou la difficulté d'exister, *JCP*, 1990, p. 3475.

³⁴⁰ J. PETIT, « l'ambiguïté du droit face à la personne transsexuelle ». *RTD civ.*, 1973.

³⁴¹ Comme le remarque la Cour, la volonté d'Aubin a par deux fois déclenché la transformation corporelle, « *Aubin s'est délibérément soumis à un traitement hormonal, puis, hors de France, a une intervention chirurgicale qui ont entraîné la modification artificielle des attributs de son sexe* », Cour de Cassation, Chambre civile 1, 16 décembre 1975, pourvoi n°73-10.615, Publié au bulletin.

³⁴² CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume –Uni*, n° 9532/81.

³⁴³ L'utilisation de l'article 8 étant relatif au droit à une vie familiale, cependant la reconnaissance du changement d'état s'est accompagnée, non sans une certaine ironie, d'une annulation des mariages dans les pays n'autorisant pas les mariages entre personnes de même sexe. Voir en ce sens CEDH, novembre 2006, *Wena et Anita Parry c. Royaume- Uni*.

³⁴⁴ CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84.

³⁴⁵ « *Nul n'est besoin de rappeler la condamnation de la France dans l'affaire B. du 25 mars 1992 (22), qui a conduit la Cour de cassation à procéder à un revirement de jurisprudence, dans ses deux arrêts du 11 décembre 1992 et a finalement accepté, après l'avoir fermement refusé pendant des années, le changement de la mention du sexe sur les actes d'état civil* ». A. DEBET, « Le sexe et la personne », *Les Petites Affiches*, 2004, p.131

transsexualisme. ». Il est notable que l'appréhension *in concreto* de la Cour l'ait conduite à changer sa jurisprudence au sujet du système d'état civil français. En ce sens, le juge de Strasbourg a considéré « *qu'eu égard aux procédures de rectification et de modification déjà existante*³⁴⁶ *la modification de l'état civil était facilitée* »³⁴⁷, bien que la procédure anglaise de l'époque n'entraînât pas une violation de l'article 8 alors même que la personne transsexuelle se comportait « *à tous égards comme le père* »³⁴⁸ de l'enfant.

134. En 1992, deux solutions concurrentes étaient donc à l'œuvre dans les états membres du Conseil de l'Europe, eu égard à l'aspect *in concreto* du contrôle. En 1998 la Cour elle-même considérait, afin de justifier ses distorsions de jurisprudence que « *le transsexualisme continue de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants* »³⁴⁹. Ainsi, face à cette absence de consensus, la Cour a pendant longtemps considéré le changement d'état civil des personnes transsexuelles comme relevant de la marge nationale d'appréciation conditionnée par la rigidité des procédures de changement d'état civil. Cette distorsion de jurisprudence a cessé en 2002 puisque la Cour dans son arrêt *C. Goodwin c/Royaume-Uni*³⁵⁰ a supprimé cette protection

³⁴⁶ « 19. *Les événements se produisant dans la vie des personnes et ayant une incidence sur leur état donnent lieu à une mention en marge de l'acte de naissance ou à une transcription sur celui-ci: reconnaissance d'un enfant naturel (article 62 du code civil), adoption (article 354), mariage (article 75), divorce (article 1082 du nouveau code de procédure civile), décès (article 79 du code civil). Les officiers de l'état civil sont invités à réserver des espaces suffisants à ces fins (article 3 du décret 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil)* ». CEDH, 25 mars 1992, *b. c. France*.

³⁴⁷ « *La Cour commence par relever que rien n'aurait empêché, après jugement, d'introduire dans l'acte de naissance de Mlle B., sous une forme ou une autre, une mention destinée sinon à corriger, à proprement parler, une véritable erreur initiale, du moins à refléter la situation présente de l'intéressée* » CEDH, 25 mars 1992, *b. c. France*, n° 13343/87.

³⁴⁸ CEDH, 22 avril 1997 *X, Y, Z c. Royaume-Uni*, n° 21830/93.

³⁴⁹ CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*.

³⁵⁰ E. DECAUX, Note sous Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), grande chambre, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume Uni*, *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 2. pp. 556 – 558, 2003. E. Putman, « Note sous Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 11 juillet 2002, I contre Royaume-Uni », *Droit et Patrimoine*, vol. 112, 2003, pp. 102 – 104. N. DEFFAINS, « Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), grande Chambre, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*, requête numéro 28957/95 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), grande Chambre, 11 juillet 2002, I contre Royaume-Uni, requête num », *Europe*, vol. 11, 2002, pp. 32 – 33. J. HAUSER, « Note sous Cour européenne des Droits de l'Homme, grande Chambre, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin contre Royaume Uni*, affaire numéro 28957/95 », *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ)*, vol. 4, 2002, pp. 782 – 784. A. LEBORGNE, « Arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni* : les juges de Strasbourg disent oui au mariage des transsexuels », *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, vol. 11, 2002, pp. 14 – 15.

à géométrie variable de l'article 8, au profit de ce que J.-P. COSTA considère comme une « interprétation évolutive »³⁵¹ ; la solution de la modification de l'état civil étant désormais la seule³⁵². En droit interne, la Cour de cassation a en application de la jurisprudence de la CEDH reconnu dès 1992 le droit au changement de l'état civil puisque désormais « le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à la modification »³⁵³ de ce dernier.

135. Face à cette apparente aporie entre la volonté et l'indisponibilité de l'état, la Cour de cassation a eu recours à la médiation d'une seconde volonté pour se conformer à la jurisprudence européenne. En effet, en utilisant la médiation du diagnostic³⁵⁴ et le plus souvent de l'opération médicale, le juge s'est assuré d'objectiver la volonté de l'individu. Les opérations de changement de sexe en France sont depuis 2012 considérées comme des opérations médicales à nécessité thérapeutique, comme le note le Professeur Massip « *La science médicale avait ainsi, offert à la Cour de cassation le moyen d'admettre un « transsexualisme subi » conciliable avec l'un des principes fondamentaux de l'état des personnes, alors que cette consécration réglementaire du « transsexualisme choisi » ébranle ce pilier du droit civil et avance une exception : la libre disposition de l'état des personnes !* »³⁵⁵.

136. Transsexualisme et justification médicale. Il faut remarquer que cette utilisation du discours médical n'est pas médicale. Si le rapport Hammerberg a pu s'émouvoir de la

³⁵¹ « Il en est de même sur la question de l'évolution des mœurs, je peux citer le cas de l'arrêt Goodwin de 2002 sur les transsexuels. Cet arrêt est exemplaire du phénomène d'interprétation évolutive. Ainsi, la Cour avait rendu d'autres arrêts sur cette même question concernant le Royaume-Uni, il y a une quinzaine d'années, notamment un arrêt Cossey en 1990, dans lesquels la Cour avait dit qu'il n'y avait pas de consensus européen sur le fait de changer l'état civil d'un transsexuel ayant subi une opération. En revanche, 15 ans après, la Cour a dit « mais depuis lors, les choses ont changé, la communauté internationale, l'évolution des esprits font que, ce qui était encore tolérable il y a 15 ans ne l'est plus maintenant ». Il s'agit bien, dans ce cas, d'une interprétation évolutive. », H. OBERDORFF, & J.-P. COSTA, « Entretien avec Jean Paul Costa », *RDP*, 2001, p 261.

³⁵² « Aucun facteur important d'intérêt public n'entrant en concurrence avec l'intérêt de la requérante en l'espèce à obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle, la Cour conclut que la notion de juste équilibre inhérente à la Convention fait désormais résolument pencher la balance en faveur de la requérante. », CEDH, 11 juillet 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*.

³⁵³ Cour de Cass., Ass. plén., 11 déc. 1992.

³⁵⁴ L'article 41 du code de déontologie médicale relatif aux mutilations ne les autorise qu'en cas de « motif médical très sérieux », la jurisprudence ayant précisé que le syndrome de transsexualisme quand il est avéré en constitue un. Voir en ce sens CA Aix en Provence, 23 avril 1990

³⁵⁵ J. MASSIP, « Ou l'on retrouve les transsexuels », *Les Petites Affiches*, 1998, p.62.

place laissée au pouvoir médical³⁵⁶, un processus contraire de refus de la psychiatrisation³⁵⁷ est en cours. En effet, si l'objectif de la médecine est de soigner les pathologies, s'agissant des transsexuels il y a pour certains auteurs minoritaires une confusion entre les symptômes et la pathologie, une inversion entre les symptômes et leur cause. L'opération de changement de sexe traite les symptômes et non la cause elle-même. En effet, le décalage entre l'identité corporelle et l'identité perçue par l'individu est la cause et l'identité corporelle un symptôme. La suppression du symptôme n'implique pas pour autant la disparition de la cause³⁵⁸. Dans cette perspective, le professeur WACHSMANN considère « *le discours du transsexuel en tant que discours paranoïaque. Celui-ci impressionne par sa cohérence, au point de faire oublier que son point de départ est l'idée délirante du sujet qu'il est victime d'une erreur de la nature et qu'il appartient en réalité à l'autre sexe* »³⁵⁹. Sans prendre part au débat sur la nature du discours de la personne transsexuelle, juridiquement, c'est le refus de s'attacher uniquement à la volonté de la personne qui justifie le recours à un critère objectif permettant une atteinte au principe d'indisponibilité de l'état des personnes : le discours médical.

³⁵⁶ Rapport sur droit de l'homme et identité de genre, Commission des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, T. Hammerberg p 17 » *Ces conditions sont de toute évidence contraires au respect de l'intégrité physique de la personne. Le fait d'exiger comme préalable à la reconnaissance officielle du genre la stérilisation ou tout autre opération chirurgicale, c'est oublier que les personnes transgenres ne souhaitent pas toutes subir de telles interventions. De plus, ces opérations ne sont pas toujours médicalement possibles, accessibles ou abordables sans un financement de l'assurance maladie. Il se peut que le traitement ne corresponde pas aux souhaits et aux besoins du patient ou que le médecin spécialiste ne le prescrive pas. L'impossibilité d'accéder à la reconnaissance officielle de l'identité de genre sans ces traitements place les personnes transgenres dans une impasse. On ne peut que s'alarmer du fait que ces dernières semblent former le seul groupe en Europe soumis à une stérilisation prescrite légalement et imposée en pratique par l'Etat* ».

³⁵⁷ Le Décret n° 2010-125 du 8 février 2010 portant modification de l'annexe figurant à l'article D. 322-1 du code de la sécurité sociale relative aux critères médicaux utilisés pour la définition de l'affection de longue durée « affections psychiatriques de longue durée » supprime les troubles de l'identité de genre de la liste des affections longues durée.

³⁵⁸ Comme le note le Professeur C. NEIRINCK » *Le transsexualisme est fondamentalement une revendication de genre et le genre n'a rien à voir avec un traitement médical ou chirurgical. Cela revient à confondre sexe et sexualité, ce que l'on est et ce que l'on vit* ». C. NEIRINCK, « La personnalité juridique et le corps », in X. BIOY (Dir.) *La personnalité juridique*, LGDJ, 2011, p. 65.

³⁵⁹ P. WACHSMANN & A. MARIENBURG-WACHSMANN, « la folie dans la loi. Considérations critiques Sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme En matière de transsexualisme En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 56, 2003, p. 1174.

137. Le droit français cependant, loin de se focaliser sur l'opération chirurgicale comme critère autorisant l'ouverture de la procédure de changement de sexe à l'état civil, semble préférer se concentrer sur ses effets, c'est-à-dire le critère d'irréversibilité du processus de changement de sexe³⁶⁰, sans pour autant que cette évolution ait été pour l'instant validée par les juges du Quai de l'Horloge. Ce critère d'irréversibilité d'un processus décidé par la personne, implique que le principe de libre disposition du corps prime la protection de l'intégrité corporelle. Le principe d'indisponibilité de l'état civil a ainsi muté du fait de l'autorisation jurisprudentielle du changement de la mention du sexe. Si le principe d'indisponibilité existe toujours, le changement d'état civil a pour conséquence que « *l'ordre public recule au profit de la volonté individuelle* »³⁶¹, même si cette dernière est limitée par la médecine qui est alors « *l'auxiliaire d'expertise du juge* »³⁶². Il n'en reste pas moins que la personne dispose d'un pouvoir même inconscient de détermination de son identité sexuelle voire « *d'un droit à l'autodétermination sexuelle* »³⁶³ dénoncé comme « *une approche compassionnelle des droits de l'homme* »³⁶⁴. Si précédemment celui-ci n'était nullement circonstancié, désormais et nous grossissons volontairement le trait³⁶⁵, l'inscription d'un sexe pour une personne est fonction de la volonté de cette dernière. L'État civil n'étant alors (dans l'hypothèse du changement chirurgical de sexe) que la transcription d'un changement biologique, perdant ainsi, ses caractères normatifs et définitifs.

³⁶⁰ « Toutefois, certaines juridictions du fond considèrent que les exigences posées par la Cour de cassation visent essentiellement à démontrer le caractère irréversible du processus de changement de sexe. Ces juridictions admettent que celui-ci peut résulter des traitements hormonaux, dont la prise à long terme peut modifier de façon irréversible le métabolisme de la personne », Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil voir aussi Cour de Cass. 1^{er} Civile, Arrêt n° 108 du 13 février 2013 (12.11-949) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:C100108.

³⁶¹ A. DEBET, « Le sexe et la personne », *Les Petites Affiches*, 2004, p.131.

³⁶² X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2014, p. 350.

³⁶³ CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97 § 78.

³⁶⁴ P. WACHSMANN & A. MARIENBURG-WACHSMANN, « la folie dans la loi. Considérations critiques Sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme En matière de transsexualisme En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 56, 2003, p. 1194.

³⁶⁵ En effet, la nécessité d'une opération fonction de l'existence d'un syndrome transsexuel limite tout de même fortement les possibilités pour un individu capricieux de changer de sexe.

138. Dans ces développements, il a été montré que la biométrie se base sur un postulat : la conception du corps comme un tout, comme une enveloppe et que cette conception se retrouve notamment dans le droit civil qui postule l'existence d'une confusion entre le corps et la personne. En outre, il a été démontré que si le corps préexiste à la personne, les évolutions récentes de la jurisprudence lui permettent de déterminer en partie l'état des personnes. Modifiant ainsi le rapport entre le droit et la biologie puisque au principe d'indisponibilité de l'état civil répond aujourd'hui un principe de soumission du droit à la réalité biologique. Le corps préexistant à la personne en détermine désormais l'état. Pour la biométrie, si cette confusion est nécessaire puisqu'elle en constitue la conjecture de base sur laquelle repose l'ensemble du syllogisme, le développement de ce principe de soumission du droit à la réalité biologique est un élément structurant. Dans la mesure où ce dernier, en garantissant une cohérence notamment sexuée entre les informations juridiques et biologiques, permet l'existence d'une correspondance nécessaire aux systèmes biométriques. Maintenant qu'il a été question de la conception du corps, dans le corpus principal, comme un ensemble (section I) il est possible de s'intéresser à la conception spéciale du corps comme un agrégat au sein d'un droit dérogatoire : le droit médical (section II).

Section 2. Le corps comme objets : une limite pour la biométrie.

140. Conception philosophique. Conception développée par DESCARTES³⁶⁶ et reprise dans Leibniz³⁶⁷, l'idée que le corps est une machine, dont le médecin, mécanicien moderne, doit découvrir et réparer les rouages, s'est d'abord affirmée contre l'Église et la sacralité du corps. Si un certain retour à une quasi-sacralité du corps est apparu, notamment sous l'auspice de la dignité de la personne³⁶⁸, la conception du corps comme machine n'a eu de cesse d'irriguer tant la philosophie que les artistes³⁶⁹. Moderne, pour SHELLEY et « *définitivement déchaîné* » chez JONAS³⁷⁰, le Prométhée de la science contemporaine a atomisé le corps pour le reconstruire.

141. Approche historique. Face à la distinction romaniste entre les sujets et les objets du/de droit, l'appréhension du corps comme un objet, et même comme un ensemble d'objets, perturbe la représentation civiliste du corps comme personne. Avant les grandes

³⁶⁶ « Je suppose que le corps n'est autre chose qu'une statue ou machine de terre que DIEU forme tout exprès, pour la rendre la plus semblable à nous qu'il est possible : en sorte que, non seulement il lui donne au dehors la couleur et la figure de tous nos membres, mais aussi qu'il met au dedans toutes les pièces qui sont requises pour faire qu'elle marche, qu'elle mange, qu'elle respire et Enfin, qu'elle imite toutes celles de os fonctions qui peuvent être imaginées procéder de la matière et ne dépendre que e la disposition des organes. Nous voyons des horloges, des fontaines artificielles, des moulins et autres semblables machines, qui n'étant faites que par des hommes, ne laissent pas d'avoir la force de se mouvoir d'elles-mêmes en plusieurs diverses façons; et il me semble que je ne saurais imaginer tant de sortes de mouvements en celle-ci que je suppose être faite des mains de DIEU, ai lui attribuer tant d'artifice que vous n'avez sujet de penser, qu'il y en peut avoir encore davantage[...] », R. DESCARTES, *Traité de l'homme*. 1648. Disponible en ligne.

³⁶⁷ « Ainsi, chaque corps organique d'un vivant est une espèce de machine divine, ou d'un automate naturel, qui surpasse infiniment tous les automates artificiels. Parce qu'une machine faite par l'art de l'homme n'est pas machine dans chacune de ses parties. Par exemple : la dent d'une roue de laiton a des parties ou fragments qui ne nous sont plus quelque chose d'artificiel et n'ont plus rien, qui marque de la machine par rapport à l'usage, où la roue était destinée. Mais les machines de la nature, c'est-à-dire les corps vivants, sont encore machines dans leurs moindres parties, jusqu'à l'infini. C'est ce qui fait la différence entre la Nature et l'Art, c'est-à-dire entre l'art divin et le nôtre » G. W. Leibniz, *La monadologie*, G. Baillièrre et cie, 1881, p. 245. Disponible en ligne.

³⁶⁸ O. CAYLA, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14.

³⁶⁹ M. SHELLEY, *Frankenstein ou Le Prométhée moderne*, Editions Gallimard, 2000, p. 309.

³⁷⁰ « [Le Prométhée] définitivement déchaîné, auquel la science confère des forces jamais encore connues, réclame une éthique qui, par des entraves librement consenties, empêche le pouvoir de l'homme de devenir une malédiction pour lui » H., JONAS, *Le principe responsabilité: Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, 2008, p. 470.

lois de bioéthique de 1994³⁷¹, quelques jurisprudences considèrent les éléments corporels comme des objets susceptibles de propriété et d'appropriation par une autre personne. Ainsi, en 1985 le doigt de Janel DAOUD est considéré par l'administration pénitentiaire comme « *un objet pouvant être confisqué* »³⁷². Les lois de bioéthique, en instituant l'article 16-5³⁷³ du Code civil, ont encadré³⁷⁴ cette jurisprudence. Dans cette affaire, l'avocat de « l'amputé » demande la restitution du doigt en invoquant « *la législation protectrice de la vie privée. [Estimant] que la personne de son client pouvait être entièrement identifiée dans un doigt sectionné* »³⁷⁵. Ainsi, la problématique de l'identification du corps par des éléments séparés du corps était déjà en germe en 1986. Et cette question de l'identification est complétée par celle de la propriété de l'homme sur des éléments corporels. Cette dernière s'est renouvelée depuis la création de cultures permettant de multiplier à « l'infini » les cellules. Depuis quarante ans, ce sont environ trois tonnes des cellules d'HENRIETTA LACKS, les fameuses cellules HeLa³⁷⁶ qui ont été cultivées. Si la « mère » de ces cellules n'a jamais revendiqué un droit de propriété sur elle-même³⁷⁷, ce n'est pas le cas de JOHN MOORE ; « l'homme aux cellules d'or »³⁷⁸. Dans cette affaire, la Cour Suprême de Californie³⁷⁹ a dû se prononcer sur l'existence d'un droit de propriété d'une personne sur ses cellules. La Cour casse l'arrêt de la Cour d'appel, en distinguant les cellules de J. MOORE des lignées immortelles créées

³⁷¹ La loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ; la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

³⁷² TGI d'Avignon, *Daoud (reférés)*. 24 septembre 1985.

³⁷³ « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* »

³⁷⁴ Encadrées et non infirmées puisque l'interdiction porte sur l'établissement d'une valeur et non sur la propriété. La chambre criminelle de la Cour de cassation a pu considérer que « *Les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherche médico-légales pour les nécessités d'une enquête ou d'une information, qui ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial aux termes de l'article 16-1 du code civil, ne constituent pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 41-4 du code de procédure pénale* » Cass. Crim. 3 février 2010, n°09-83.468.

³⁷⁵ J.-P. BAUD, *L'affaire de la main volée: une histoire juridique du corps*, Éditions du Seuil, 1993, p. 243.

³⁷⁶ Ces cellules font parties de la première lignée cellulaire « immortelle ».

³⁷⁷ R. SKLOOT, *La vie immortelle d'Henrietta Lacks*, Calmann-Lévy, 2011, p. 435.

³⁷⁸ B. EDELMAN, « L'homme aux cellules d'or », *Dalloz*, 1989, p. 225-230.

³⁷⁹ *Moore v. Regents of the University of California* July 9, 1990

artificiellement et conclut à l'absence de droit de propriété de ce dernier³⁸⁰, l'existence d'un tel droit étant jugé contraire à la dignité³⁸¹. L'absence d'affaire semblable en France connaît avant 1993 et l'insertion de l'article 16-5 dans le Code civil, un argument empirique. La recherche fondamentale en France est alors principalement assurée par l'État qui, garant de l'intérêt général, ne cherche pas à maximiser la valeur pécuniaire de ses recherches.

142. Enjeux. Indépendamment de l'existence d'un droit subjectif de la personne sur son corps, la conception du corps comme machine, comme un agrégat d'éléments, connaît un double encadrement juridique. En tant que gisement d'éléments, le droit encadre la conservation, le partage et l'échange des éléments³⁸². Cet encadrement semble contradictoire. En effet, comment faciliter les échanges des éléments corporels sans réifier le corps et donc la personne. Le second encadrement, dans le domaine des droits sanitaires et pénaux, vise à protéger le « monopole étatique » concernant la gestion des corps³⁸³. Ce tiraillement entre le monopole de l'État et le refus de réifier le corps se retrouve dans la construction juridique de la greffe d'organes. Cette dernière, en rendant les éléments corporels échangeables, constitue une limite à la biométrie dans la mesure où elle invalide l'égalité entre l'identification du corps et l'identification de la personne. Bien sûr, à l'heure actuelle, aucune technique biométrique ne semble utiliser les organes pour identifier, et pourtant l'étude de leur régime juridique est importante à trois égards. Premièrement, l'utilisation des tests génétiques sur des « restes humains », qu'ils proviennent de crimes ou de catastrophes ; dans cette perspective, il peut y avoir une identification d'un cadavre par le biais de l'identification d'un organe. Second élément, l'existence d'une identification sur des membres du corps, notamment les mains ou les

³⁸⁰ Pour une critique très engagée de la jurisprudence de la cour suprême de Californie : HERMITTE. M.-A., « L'affaire Moore, ou la diabolique notion de droit de propriété », *Le monde diplomatique*, décembre 1988.

³⁸¹ J. KARILA DE VAN, « Le corps et la morale », *Les Petites Affiches*, p.72.

³⁸² Au terme de l'article L1211-1 du code de la santé publique » *La cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent livre. Les activités afférentes à ces éléments et produits, mentionnées au présent livre, y compris l'importation et l'exportation de ceux-ci, doivent poursuivre une fin médicale ou scientifique, ou être menées dans le cadre de procédures judiciaires conformément aux dispositions applicables à celles-ci* ».

³⁸³ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique: cours au Collège de France (1978-1979)*. Gallimard, 2004.

doigts, dont le régime juridique, concernant les transplantations notamment, est similaire à celui des organes. Enfin, troisième justification à cette étude du régime juridique des rouages du corps, ses conséquences logiques puisque, comme il sera constaté, les greffes entraînent une multiplication des identités, voire et cela tient pour l'instant de la science-fiction, à un remplacement pure et simple de l'identité corporelle. Cette dernière hypothèse conduirait le syllogisme biométrique dans une impasse puisqu'à un état civil pourrait être imputée, une multitude d'informations corporelles contradictoires.

143. Dès lors, la conception du corps comme machine n'est pas limitée à des interrogations philosophiques et médicales. Derrière cette volonté thérapeutique se trouve un véritable questionnement pour l'identité corporelle. Si l'unicité de l'identité est nécessaire à toute identification, le concept de corps comme machine, comme un ensemble d'éléments transférables, semble démembrer cette unicité qui se retrouve alors relative et circonstanciée. Dès lors, cette conception du corps est une limite « asymptotique » à la biométrie pour la recherche de l'identité puisque cette dernière est alors relative et contingente.

144. Ainsi, si par principe, celui de l'inviolabilité du corps, empêche toute modification volontaire de la mesure de ce dernier (Paragraphe 1), les greffes peuvent entraîner une modification de l'identité corporelle, cette conséquence s'apparente alors à une limite à la confusion corps-personne (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le corps stabilisé : le principe d'inviolabilité du corps humain

145. Constitutif d'une protection objective du corps, concernant la biométrie, le principe d'inviolabilité du corps humain (A) connaît une exception (B) qui implique un recul de sa fonction, à savoir la limitation des modifications corporelles.

A. Un principe aux multiples significations

146. **Un principe libéral.** Interprétation « libre et peu théologique »³⁸⁴ du *noli me tangere* de Jesus de Nazareth³⁸⁵, le principe d'inviolabilité du corps a historiquement consisté en un recul des « tortures »³⁸⁶ jusqu'à leur prohibition absolue³⁸⁷, qui prend désormais la forme d'« une règle impérative de droit international³⁸⁸ ». Cette « garantie fondamentale »³⁸⁹, cette vision du corps comme un sanctuaire, n'est pas uniquement fille de l'église, mais est héritée du libéralisme politique, comme le remarque J. MORANGE « dans les systèmes juridiques libéraux, le principe de liberté apparaît comme le principe dominant. [...] Chacun est laissé libre de l'usage qu'il fait de son corps et de ses capacités, de donner un consentement libre et éclairé préalable à toute intervention

³⁸⁴ B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, Coll. Que sais-je ?, P.U.F., 1992, p.15

³⁸⁵ « *Noli me tangere, nondum enim ascendi ad Patrem meum : vade autem ad fratres meos et dic eis : Ascendo ad Patrem meum et Patrem vestrum, Deum meum et Deum vestrum* » « *Ne me touche pas, car je ne suis pas encore monté vers mon Père. Mais va trouver mes frères et dis-leur : "je monte vers mon Père et votre Père, vers mon DIEU et votre DIEU* »Evangile selon saint Jean, chapitre 20, versets 17.

³⁸⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*. Gallimard, 1975, p. 318.

³⁸⁷ LA jurisprudence de la Cour EDH, est à ce sujet très claire, l'article 3 de sa convention ne se concilie avec aucun autre droit y compris le droit à la vie, voir en ce sens (CEDH, 7 juill. 1989, n° 14038/88, *Soering c. Royaume-Uni*, série A n° 161).

³⁸⁸ CEDH, 21 nov. 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97 § 61.

³⁸⁹ D. CHAUVAUX, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 26 octobre 2001, Mme Catherine Senanayake », *RFDA*, n°1, 2002, p. 146. Voir aussi P. EGEA, « Les chemins de la liberté petite leçon de biopolitique », *Rec. Dalloz*, 2004, p. 647. G. MEMETEAU, « A l'abordage (de l'article 16.3 du code civil) », *Les Petites Affiches*, vol. 149, n°7, 1994, pp. 1–11. S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Fasc . 520 : droit à la vie , au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *Jurisclasseur*, 2007, pp. 1–32. BINET, J., « Fasc. 12 : protection de la personne . - Le corps humain », *Jurisclasseur*, 2009, pp. 1–61.

*ou tout traitement médical... »*³⁹⁰. Ce caractère libéral n'épuise pas toutes les facettes du principe d'inviolabilité ; en effet, dans certaines hypothèses, il s'applique contre la personne, en protégeant son corps d'atteinte pourtant consentie³⁹¹. Dès lors, si ce principe est fils du libéralisme, il a désormais tué le père.

147. Distinction avec d'autres principes. Malgré cela, le principe d'inviolabilité est de nature différente du principe de libre disposition. En effet, hérité du droit pénal³⁹², le principe d'inviolabilité interdit à quiconque de porter atteinte à l'intégrité du corps³⁹³, alors que le principe de libre disposition implique que la personne puisse user voire abuser de son propre corps. Par principe l'inviolabilité ne connaît pas la volonté de la personne ou d'un tiers. Une autre distinction dans les principes protégeant le corps d'atteinte est à faire avec le principe d'extra-patrimonialité du corps. En ce sens, l'inviolabilité du corps humain dans le Code civil à l'article 16-3 vise à empêcher une atteinte matérielle au corps, alors que l'extra-patrimonialité, en maintenant le corps hors du commerce juridique, vise avant tout à protéger le corps des atteintes *de Jure*. Cependant, pour le corps, le principe d'extra-patrimonialité connaît une acception spécifique, voire *contra legem*. En effet, si l'article 16-5 du Code civil implique une conception très stricte du principe, l'autorisation du don d'élément et produit du corps humain implique non plus que le corps soit hors du commerce juridique, mais que le prix de ses éléments soit nul. Dans cette perspective, le corps est dans le commerce mais une règle spéciale en fixe la valeur.

148. En outre, le principe d'inviolabilité est à rapprocher du principe de respect de l'intégrité physique. Proclamé expressément à l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux³⁹⁴, rattaché à la protection de la vie privée³⁹⁵ par la Cour EDH et présent dans de nombreux textes, ce dernier semble englober le principe d'inviolabilité.

³⁹⁰ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi: une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*. L'Harmattan, 2004. Et MORANGE. J., « Les caractères du « Droit bioéthique » », *RDP*, 2011, p. 1521.

³⁹¹ Par exemple, la prohibition des auto mutilations (voir supra).

³⁹² M. BENEJAT, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal*, 2012, p. 392.

³⁹³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi?: une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*. L'Harmattan, 2004, p.

³⁹⁴ « Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale »

³⁹⁵ « La Cour rappelle que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne » in ³⁹⁵ CEDH, G. C., *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02 ou CEDH, 4 décembre 2008, *Marper c. Royaume-Uni*.

Toutefois, bien que plus général et protégeant le corps contre toute atteinte même non intrusive, le principe d'intégrité du corps n'existe quant à lui qu'en l'absence du consentement, ce dernier servant de base aux exceptions au principe.

Définition. Dans une approche nominaliste, ce principe qui peut se déduire de l'article 1142 du Code civil est présent dans son article 16-1³⁹⁶ qui proclame le caractère inviolable du corps. Cependant, un premier élément de définition est posé dans l'article 16-3 du même code qui précise « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention médicale à laquelle il n'est pas à même de consentir.* » Si la première phrase donne une définition du principe, les suivantes dans une structure relativement classique posent la seule exception : la finalité médicale. Cette formulation qui résulte de l'article 70 de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999, a élargi la notion « d'intérêt thérapeutique ». Ce changement de vocabulaire, justifié par l'existence d'opération médicale sans but thérapeutique direct pour la personne³⁹⁷, voir privée de tout but thérapeutique³⁹⁸, a ému une partie de la doctrine³⁹⁹.

Le juge européen a cependant développé une autre vision des relations entre but thérapeutique et but médical. En effet, la CJUE⁴⁰⁰ a considéré qu'une opération de chirurgie esthétique n'était une opération médicale que si elle poursuivait un but thérapeutique, cette dernière notion devenant alors une condition de la précédente. Ainsi, si historiquement le changement de vocabulaire a entraîné une extension du champ d'application du principe, *a contrario* le droit européen fait coïncider les deux champs d'application. Dans cette perspective, le consentement de la personne peut être considéré uniquement comme une condition de la finalité médicale et non une autre exception. Cette définition ne saisit pas pour autant la spécificité du principe d'invulnérabilité du corps

³⁹⁶ « *Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.* »

³⁹⁷ Les opérations dans le but thérapeutique d'autrui

³⁹⁸ A titre d'illustration les stérilisations.

³⁹⁹ P. EGEA, « Les chemins de la liberté, petite leçon de biopolitique », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 647.

⁴⁰⁰ CJUE, 21 mars 2013, aff. C 91/12, *Skatteverket contre PFC Clinic AB*.

humain par rapport au respect de son intégrité. C'est au sein de sa jurisprudence que le Conseil constitutionnel va venir préciser la distinction en indiquant que le principe d'inviolabilité du corps humain n'était atteint qu'en cas d'« *intervention corporelle interne* »⁴⁰¹ ou de « *procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés* »⁴⁰². Dès lors, si le respect de l'intégrité du corps porte sur l'enveloppe, le principe d'inviolabilité connaît un champ d'application restreint aux actes d'une particulière gravité. Ces actes ne peuvent alors être pratiqués que dans l'intérêt médical de la personne et par exception, dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Toutefois, ce principe, loin d'être figé, n'est que le fruit d'une lente évolution historique et a été revigoré, en réaction aux atrocités nazies « *Autour de la personne charnelle, le droit s'est alors trouvé poussé à donner une nouvelle importance au principe du respect dû à l'intégrité physique de chaque être et à insister, au-delà de ce respect du corps, sur celui de la dignité de chacun.* »⁴⁰³ Dans cette perspective, la protection du corps n'est que la conséquence de la protection du « principe matriciel⁴⁰⁴ » de dignité de la personne. En outre, les évolutions de la science et de la médecine contemporaines ont aussi modifié les possibilités d'application de ce principe en diminuant le nombre d'applications possibles. Désormais, les tests ADN n'impliquent pas obligatoirement d'opération ou de prélèvement intrusif. Ainsi, la captation d'une information biométrique ne porte pas atteinte à l'intégrité physique des personnes. Quant à la dignité de la personne, si la biométrie pourrait dans certaines hypothèses y porter atteinte⁴⁰⁵, force est de constater que la dignité dans son versant corporel n'est pas, en l'état actuel des techniques, violée par les systèmes biométriques.

149. Un rattachement incertain. Considéré comme un principe général du droit par le juge civil, le principe d'inviolabilité a été reconnu par le juge constitutionnel comme une composante de la dignité de la personne⁴⁰⁶. Si ce rattachement au principe de dignité

⁴⁰¹ Cons. const., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*.

⁴⁰² *Idem*

⁴⁰³ J. ROCHEFELD *Les grandes notions du droit privé*. Presses Universitaires de France - PUF, 2011. p.32

⁴⁰⁴ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, n°9, 1995, p. 211.

⁴⁰⁵ Voir *supra* p. 420 et s.

⁴⁰⁶ Cons. Const., Décision 94-343, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au

de la personne humaine peut sembler anecdotique, il est en réalité fondamental dans la mesure où il met en lumière son rapport à la volonté de la personne. Comme le remarque la Professeure Diane ROMAN « *Si l'ordre juridique entend assurer le respect de valeurs premières, il peut interdire certains comportements contraires, quand bien même ceux-ci ne nuiraient pas à des tiers désignés. En d'autres termes, si une certaine vision de l'homme conduit à rendre insupportable la disposition ou la disparition d'un membre de la société, il doit être possible de surmonter le choix individuel et de protéger l'individu malgré lui. Dans cette hypothèse, la valeur première n'est pas la liberté, mais d'autres impératifs : dignité, morale religieuse, ordre politique... la liste varie selon les perspectives retenues.* »⁴⁰⁷ Ainsi, le recours à la notion de dignité permet de protéger l'individu contre sa volonté, alors même que le principe d'inviolabilité, issu du droit pénal, impliquait dans sa définition classique une « *intangibilité constituant pour une personne... un droit fondamental pour une personne à son intégrité corporelle* »⁴⁰⁸.

150. CEDH et intégrité. Cependant, la Cour EDH concernant le droit à l'intégrité corporelle a eu une jurisprudence byzantine, notamment concernant son choix de l'article de rattachement du principe. La Cour distingue les atteintes les plus extrêmes, pour lesquelles le principe d'inviolabilité est rattaché à l'article 2 de la Convention⁴⁰⁹, des atteintes graves. Ces dernières sont protégées sous l'égide de l'article 3 de la Convention relatifs aux actes de torture ; la jurisprudence est alors abondante puisque tout acte de torture physique est constitutif d'une atteinte à l'intégrité corporelle⁴¹⁰. Les atteintes plus légères sont considérées comme étant du ressort de l'article 8 relatif à la vie privée⁴¹¹.

diagnostic prénatal » 18. *Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain Ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi, affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »*

⁴⁰⁷ D. ROMAN, « A corps défendant, La protection de l'individu contre lui-même », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 1284

⁴⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 244.

⁴⁰⁹ CEDH, 1^{er} mars 2001, *Berkay c/Turquie*, n° 22493/93.

⁴¹⁰ Les illustrations sont très nombreuses mais à titre d'illustration : CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n° 25803/94.

⁴¹¹ CEDH, G. C., *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02. É. Garaud, Arrêt *Pretty* contre Royaume-Uni : l'espoir déçu des partisans de l'euthanasie, *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, vol. 7. pp. 11 – 12, 2002. A. Garay, Le droit au suicide assisté et la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH): le "précédent" de la dramatique affaire *Pretty*, *La Gazette du Palais*, vol. 226. pp. 2 – 7, 2002. G. Loiseau, « Liberté de consentir au traitement médical et l'exception de sauvegarde de la vie du patient », *Droit et*

Ainsi, il est difficilement contestable que le principe d'inviolabilité du corps humain ne s'intéresse que marginalement à sa mesure. Et pourtant il est nécessaire pour éviter les changements d'éléments corporels qui pourraient invalider le syllogisme biométrique. En effet, la stabilité des situations permettant la comparaison des informations est fonction de la stabilité du corps, garantie par le principe d'indisponibilité du corps⁴¹².

B. Les exceptions au principe d'inviolabilité

Une application radicale du principe d'inviolabilité, c'est-à-dire sans exception, conduit à l'existence d'une seule mesure par corps. Le corps, alors perçu comme un ensemble figé et stable dans le temps, ne peut être modifié. Cette absence de modification ayant pour corollaire l'existence d'une seule possibilité de mesure pour le corps ainsi conçu. Pourtant, l'impact des exceptions au principe d'inviolabilité ne doit pas être minoré. En effet, ses exceptions peuvent dans certaines hypothèses conduire à une multiplication des mesures, rendant caduc le postulat de départ de la biométrie⁴¹³, à savoir l'imputation d'une mesure à une personne.

Ces exceptions peuvent être systématisées en fonction de leur rapport avec la volonté de la personne. En ce sens, si le principe d'inviolabilité s'efface par rapport à la volonté de la personne, alors cette dernière peut décider de changer les mesures de son corps. En revanche, si cette volonté est encadrée, notamment par la médiation d'une finalité médicale, alors la modification de l'identité corporelle est une externalité, non souhaitable pour elle-même.

Patrimoine, 2002 vol. 110. pp. 84 – 85., C. GIRAULT, « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 2003, vol. 15. pp. 676 – 682. H. NARAYAN-FOURMENT, « L'euthanasie active: La position prudente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) », *Médecine et Droit*, vol. 60. 2003, pp. 98 – 101. C. BYK, Bioéthique, « Législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 2003, vol. 19. pp. 827 – 834. B. LE BAUT-FERRARESE, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des malades: la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2003, vol. 26. pp. 1383 – 1388.

⁴¹² Sur le caractère désormais tenu de ce principe, voir notamment : M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, Thèse soutenue le 1 décembre 2014, sous la direction de V. CHAMPEILS-DESPLATS, Paris X.

⁴¹³ Cf. *infra* p. 84 s.

151. Ainsi, le principe d'inviolabilité du corps interdit toute atteinte poursuivant une finalité autre que médicale indépendamment de la volonté de la personne (1). Néanmoins, dans certaines hypothèses, la volonté de la personne représente aussi une exception au principe d'inviolabilité (2).

1. La volonté contre l'inviolabilité

152. L'inviolabilité contre la volonté. Souvent considérées comme les différentes faces d'un même objet,⁴¹⁴ le consentement, le principe d'inviolabilité et la dignité de la personne sont alors considérés comme des conséquences de l'existence de la personne physique⁴¹⁵. Dans une acception classique, le principe d'inviolabilité ne retrouve à s'appliquer qu'en l'absence du consentement de la personne. Ce principe tutélaire du droit médical se retrouve dans différents textes qui rappellent tous, à la suite des grands principes de Nuremberg, la prohibition des opérations médicales sans l'accord du patient ; cette interdiction découle d'une interprétation de l'article 16-3 du Code civil et se retrouve dans de nombreux articles du code de la santé publique⁴¹⁶. D'ailleurs, le juge

⁴¹⁴ « (...) la nécessité de recueillir le consentement est liée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain, lesquels découlent de la protection constitutionnelle de la dignité de la personne humaine » in D. ROMAN, « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *Revue de droit sanitaire et social*, N° 2, 2005, p. 423.

⁴¹⁵ Cette existence permet de ventiler entre le régime juridique classique de l'article 16 et suivant du code civil et celui par exemple des collections de musée, comme le note le Conseil d'Etat « *Considérant que, pour se soustraire à la mise en œuvre des dispositions précitées du code du patrimoine, la ville de Rouen s'est explicitement fondée sur l'article 16-1 du code civil issu de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, selon lequel « Chacun a droit au respect de son corps. / Le corps humain est inviolable. / Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »* ; qu'en outre, en application de l'article 16-5 du même code « *Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* » ; que, toutefois, les dispositions sus- rappelées du code du patrimoine, qui rendent inaliénables les biens d'une personne publique constituant une collection des musées de France, placent ces biens sous un régime de protection particulière distinct du droit patrimonial énoncé à l'article 16-1 du code civil ; que, dès lors, ledit article n'ayant eu ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'exercice d'un régime de domanialité publique sur un reste humain en application des dispositions du code du patrimoine et n'impliquant pas, au demeurant, par lui-même, la restitution de la tête Maori à la Nouvelle-Zélande, la ville de Rouen n'est pas fondée à soutenir qu'elle pouvait autoriser la restitution de ce bien sans respecter la procédure de déclassement prévue par l'article L. 451- 5 du code du patrimoine ; » Cour administrative d'appel de Douai 24 juillet 2008 n° 08DA00405. In : *AJDA*. 2008. pp. 1896.

⁴¹⁶ Notamment l'article Article L1111-4 du code de santé publique.

civil continue, même après la mort, de rechercher le consentement de la personne pour un prélèvement ADN, notamment en vue d'établir une paternité⁴¹⁷.

153. Statut du consentement. Malgré cela, le principe d'inviolabilité ne fait pas l'objet d'une application *stricto sensu* puisque, plus généralement, le principe d'inviolabilité du corps protège celui-ci de toutes atteintes non consenties. Pierre angulaire du droit médical, d'origine jurisprudentielle⁴¹⁸, le principe du consentement désormais libre et éclairé n'est pas absolu et une exception⁴¹⁹ peut être dégagée : l'existence d'une nécessité ou d'un danger immédiat⁴²⁰. En cas d'urgence, lorsque la santé du patient est en jeu, le principe de consentement à l'acte médical n'est pas atténué ; il est effacé par la nécessité médicale⁴²¹. Comme le remarque le commissaire au gouvernement D. KESSLER dans ses conclusions sous l'arrêt Milhaud « *Il est en effet admis de manière générale que l'intervention du médecin sur le corps d'une personne vivante, qui constitue effectivement une exception au principe de l'inviolabilité du corps, tient très précisément à la nature même de l'intervention médicale, c'est-à-dire essentiellement thérapeutique.* ».⁴²² Toutefois, l'appréciation de cette exception diffère entre la Cour de cassation et le Conseil d'État. En effet, pour la Cour de cassation, le médecin ne peut

⁴¹⁷ Cour de cassation, 1^{re} civ. 02 avril 2008, n° 06-10.256, *Recueil Dalloz* 2008 p. 2121

⁴¹⁸ Comme le remarque le Commissaire au gouvernement D. Chauvaux « *cependant il n'est pas douteux qu'elles présentent un caractère déclaratif, le législateur ayant entendu faire figurer dans le code un principe dégagé par la jurisprudence* » in D. CHAUVAUX, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient Conclusions sur CE, ass, 26 octobre 2001, *Mme Catherine Senanayake, RFDA*, 2002, p. 146.

⁴¹⁹ Dans cette exception, l'absence de consentement ne fait pas obstacle à la pratique de l'acte médical⁴¹⁹, même si la consultation de la personne⁴¹⁹ de confiance prévue à l'article L1111-6419 du code de santé publique est nécessaire, mais non obligatoire

⁴²⁰ « *Attendu que le médecin ne peut, sans le consentement libre et éclairé de son malade, procéder à une intervention chirurgicale qui n'est pas imposée par une nécessité évidente ou un danger immédiat pour le patient ;* » Cour de Cass. Civ 1^{er}, 11 octobre 1988 : JCP 1989 II. 21358 note DORSNER-DOLIVET.

⁴²¹ Article R.4127-36 du code de la santé publique : « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité. Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies à l'article 42* ».

⁴²² D. KESSLER, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 2 juillet 1993. M. Milhaud », *RFDA*, 1993, p. 1002.

passer outre le consentement⁴²³, ce qui conduit à l'existence *de facto* à un droit à refuser les soins. Le Conseil d'État, tout en reconnaissant le caractère de liberté fondamentale au consentement, considère que ce dernier doit s'effacer face à l'urgence⁴²⁴. Cependant, l'existence d'une jurisprudence « *à la fois contra legem... et fragile du point de vue de ses justifications théoriques ;... paraît tout de même a priori assez menacée par la montée en puissance de la notion d'autonomie personnelle en droit européen.* »⁴²⁵ Si le lien avec notre objet peut sembler à ce moment du raisonnement distendu, il n'en demeure pas moins existant. En ce sens, si la personne peut changer « à volonté » ses éléments corporels et donc les mesures qui en découlent, elle invalide la proposition majeure de notre syllogisme à savoir l'imputation d'une seule et unique mesure corporelle à une personne physique déterminée.

154. Les automutilations. Seconde série d'exceptions, la catégorisation des automutilations comme symptôme de maladie psychiatrique pouvant conduire à un internement. Dans ce cas de figure, comme dans le cas de l'urgence, on assiste à une séparation entre le principe d'inviolabilité et celui du respect du consentement. Si, dans le premier cas, c'est l'impossibilité de recueillir le consentement qui conduit à son absence, dans le second, c'est l'absence de certaines caractéristiques du consentement, notamment son aspect éclairé, qui conduit à sa négation. Cependant, dans les deux cas, il n'est pas passé outre le consentement, tout au plus pouvons-nous constater qu'il est matériellement inexistant ou inopérant. Dans le cadre des automutilations, le consentement n'est plus considéré comme libre et éclairé ; altéré, il cesse d'être considéré comme opposable. Et si le Conseil constitutionnel a censuré des lois prévoyant des voies

⁴²³ « Mais attendu qu'il résulte de l'article 16-3 du code civil que nul ne peut être contraint hors les cas prévues par la loi, de subir une intervention chirurgicale ; » Cour de Cassation Chambre civile 2 du 19 mars 1997 93-10.914

⁴²⁴ « Considérant que le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical revêt le caractère d'une liberté fondamentale ; que toutefois les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale, ..., une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état » CE, 16 août 2002, Valérie Z, requête n° 249552

⁴²⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Fasc. 520: Droit à la vie, au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *Jurisclasser*, 2007, p. 19 ; B. EDELMAN, *Sade le désir et le droit*, Carnet, l'Herne. 80 p.

de recours insuffisantes⁴²⁶ contre la décision d'hospitalisation sans consentement⁴²⁷, il n'a jamais remis en cause cette atteinte au consentement. Il s'est contenté de confirmer la compétence médicale, désormais érigée en monopole⁴²⁸, pour décider de l'existence des troubles de la volonté afin de justifier une mesure de privation de liberté⁴²⁹.

155. Dès lors, il est possible de schématiser un certain nombre de dérogations touchant à l'inviolabilité face aux règles de police.

156. Modifications corporelles et inviolabilité. Au nom de l'autonomie de la volonté, le juge de Strasbourg a considéré que des actes sadomasochistes violents n'étaient pas à considérer comme des actes de torture, car le consentement de la « victime » et la liberté sexuelle, contenue dans la liberté personnelle, font écran à une telle qualification⁴³⁰. En droit français, cet écran du consentement trouve à s'appliquer notamment face aux scarifications, aux piercings et aux modifications corporelles. Ces trois pratiques sont saisies par le droit, non sur le registre de l'atteinte au corps du fait de l'existence d'un consentement, mais en termes sanitaires. Ainsi, les personnes pratiquant ces

⁴²⁶ Cons. Constit., Décision n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012, Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement]. I. MARIA, « Hospitalisation d'office : des dispositions encore insatisfaisantes », *Droit de la famille*, 2012, vol. 7, n°8. pp. 34 – 37. É. PECHILLON, « Censure partielle de la loi du 5 juillet 2011 relative aux soins sous contrainte : vers une réforme en profondeur de la psychiatrie avant octobre 2013 ? », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, vol. 26, 2012. pp. 32 – 36, C. JONAS, « L'hospitalisation sans consentement des malades mentaux décidément sous l'oeil du Conseil constitutionnel (Commentaire de la décision numéro 2012-235 QPC du 20 avril 2012) », *Médecine et Droit*, 2012, vol. 117. pp. 179 – 181.

⁴²⁷ Cons. Constit., 26 novembre 2010, 2010-71 QPC, *Danielle S. X.*, BIOY « La judiciarisation de l'hospitalisation sous contrainte –note sous Cons. Constit., 26 novembre 2010, 2010-71 QPC, *Danielle S.* », *AJDA*, 2011, n°3, p. 174. X. BIOY, « L'hospitalisation sans consentement devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2011, n° 88, p. 844 ; D., FALLON, « Le Conseil constitutionnel précise sa position sur le régime d'hospitalisation sans consentement ». *Constitutions*, janvier-mars 2012, n° 1, p. 140-145.

⁴²⁸ En effet, le Conseil dans sa décision n° 2011-174 QPC du 06 octobre 2011, *Mme Oriette P* a rendu inconstitutionnel l'internement fondé sur la réputation.

⁴²⁹ Cons. Constit., Décision n° 2011-174 QPC du 06 octobre 2011, *Mme Oriette P*. Cons. 9.

⁴³⁰ CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D c. Belgique*, n°42758/98 et 45558/99. J.-P. MARGUENAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, première section, 17 février 2005, K.A. et A.D. contre Belgique », *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ)*, vol. 2, 2005, pp. 341 – 343.

modifications doivent faire une déclaration auprès du directeur général de l'agence régionale de santé⁴³¹ et doivent respecter des règles spécifiques d'hygiène⁴³².

157. Dans ces hypothèses, le principe d'inviolabilité protège la personne des atteintes non consenties et permet à la personne de souhaiter certaines atteintes. Ce double mouvement n'épuise pas pour autant le principe d'inviolabilité qui trouve à s'appliquer contre le consentement de la personne.

2. L'inviolabilité contre la volonté

158. L'inviolabilité face aux règles de police. Dans une première approche et pour faciliter la démonstration, il est possible de classer les règles de police en deux catégories distinctes en fonction de leur rapport avec les composantes de l'ordre public : celle visant la sécurité et les autres visant la salubrité. Les mesures prophylactiques, visant à protéger le principe à valeur constitutionnel de protection de la santé publique⁴³³ posent une dérogation assez importante au principe d'inviolabilité en autorisant notamment les vaccinations obligatoires. Dans cette perspective le Conseil d'État a considéré « *que les dispositions des articles L. 3111-1 à L. 3111-11 et des articles L. 3112-1 à L. 3112-5 rendent obligatoires un certain nombre de vaccinations ou donnent la possibilité à l'autorité administrative d'instituer par voie réglementaire de telles obligations ; que si ces dispositions ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain invoqués par les requérants, elles sont mises en œuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le Préambule de la Constitution*

⁴³¹ Article R1311-2 du code de santé publique

⁴³² Ainsi, l'article Article R1311-4 du code de santé publique précise « *La mise en œuvre des techniques mentionnées à l'article R. 1311-1 s'exerce dans le respect des règles générales d'hygiène et de salubrité. Elle respecte en particulier les règles suivantes : -le matériel pénétrant la barrière cutanée ou entrant en contact avec la peau ou la muqueuse du client et les supports directs de ce matériel sont soit à usage unique et stériles, soit stérilisés avant chaque utilisation ; -les locaux comprennent une salle exclusivement réservée à la réalisation de ces techniques. Les modalités d'application du présent article sont fixées par arrêté du ministre chargé de la santé.* »

⁴³³ 11^{ème} alinéas du préambule de 1946 « *Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence.* »

de 1958 et sont proportionnées à cet objectif»⁴³⁴ Ainsi, concernant l'invention de Pasteur⁴³⁵, le Conseil d'État a considéré que les règles de police sanitaire devaient s'appliquer indépendamment de la nationalité du patient⁴³⁶. En outre, la vaccination obligatoire peut ne pas être contrôlée pour elle-même, elle peut être une condition d'accès à un service public, en tant qu'usager ou en tant qu'agent.

Contournement du principe d'inviolabilité. Pour le juge constitutionnel, les prélèvements génétiques, en tant que prélèvement externe, ne portent pas atteinte au principe d'inviolabilité⁴³⁷. Si cette solution a perduré⁴³⁸, le juge de la rue Montpensier s'est basé sur les débats parlementaires pour éclairer la définition législative du « prélèvement externe », catégorie *sui generis*, qui nie le caractère intrusif du prélèvement. En donnant une définition *ad hoc* du principe d'inviolabilité qui ne vaudrait que pour « les interventions corporelles internes », le juge constitutionnel restreint drastiquement la portée du principe. Dans cette perspective, le juge refuse de contrôler la proportionnalité de la mesure en conciliant l'atteinte au principe avec les objectifs poursuivis, au profit d'une négation de l'atteinte. Or, en l'état actuel des sciences et des techniques, l'insertion d'un coton-tige dans la bouche du mis en cause afin de détacher des cellules des muqueuses, constitue une intrusion, au sens trivial, dans son corps. Toutefois, cette intrusion matérielle n'est pas considérée comme telle par le droit positif. Pour contourner le principe d'inviolabilité, le législateur a permis concernant le Fichier national des empreintes génétiques l'utilisation « *de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé* »⁴³⁹. Dès lors, le consentement est

⁴³⁴ CE, 1ère et 2ème sous-sections réunies, 26 novembre 2001 n° 222741

⁴³⁵ Article L3111-1 du code de la santé publique : « *La politique de vaccination est élaborée par le ministre chargé de la santé qui fixe les conditions d'immunisation, énonce les recommandations nécessaires et rend public le calendrier des vaccinations après avis du Haut Conseil de la santé publique. Un décret peut, compte tenu de l'évolution de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques, suspendre, pour tout ou partie de la population, les obligations prévues aux articles L. 3111-2 à L. 3111-4 et L. 3112-1.* »

⁴³⁶ CE, 26 novembre 2001, n° 222741, *Association liberté information sante et autres*

⁴³⁷ Cons. Constit., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure* « *Considérant [...] que l'expression "prélèvement externe" fait référence à un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés ; que manque dès lors en fait le moyen tiré de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain* ».

⁴³⁸ Cons. Constit., QPC 2010-25, *M. Jean-Victor C.* [Fichier empreintes génétiques]

⁴³⁹ Article 706-56 du code de procédure pénale.

neutralisé puisque le principe d'inviolabilité ne s'attache qu'au corps (comme enveloppe) de la personne et non aux éléments qui s'en sont détachés. Et pourtant, l'introduction d'un élément étranger dans le corps d'une personne est qualifiée par la loi de viol, crime constitué par « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.* »⁴⁴⁰. Il est précisé dans un chapitre du Code pénal relatif « aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne. » Ainsi, l'atteinte à l'intégrité physique serait pour le législateur à géométrie variable puisque la généralité de la précision de « quelque nature qu'il soit », fait pourtant obstacle à ce que l'introduction d'un objet dans la bouche d'une personne afin de procéder à un test ADN, soit considérée comme un viol de l'intégrité physique de cette dernière.

159. Délictualisation du non-respect du principe. Les rapports entre les prélèvements génétiques et le principe de consentement sont multiples et dérogoires au droit commun qui pose le respect de la volonté comme un principe structurant de tous actes ou explorations médicales. En effet, le législateur a pénalisé le refus de consentir au prélèvement, ce qui a poussé certains auteurs à qualifier ses derniers de « prélèvements forcés »⁴⁴¹. En droit positif, l'article 706-56 du Code de procédure pénale incrimine « *Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique* ». Cette délictualisation amène à établir une distinction entre la recherche du consentement et les conséquences juridiques de son refus. En ce sens, dans cet article, le principe de consentement avant prélèvement est respecté puisqu'il y a bien recherche d'un consentement, dans la mesure où son absence est sanctionnée. Dès lors, le principe continue d'exister même si les conséquences juridiques rattachées à ce dernier sont modifiées. Dans cette perspective, l'obligation de consentir permet de maintenir la fiction de l'absence d'atteinte au principe d'inviolabilité même dans sa définition la plus large ; le mis en cause consentant dans tous les cas au prélèvement, seules les conséquences juridiques de son absence étant délictualisées. Dès lors, ce délit ne peut être considéré comme posant une exception *stricto sensu* à la recherche de la volonté de la personne.

160. En outre, la nature de ce délit est doublement spécifique. Tout d'abord, il s'agit d'un délit continu, d'infractions successives, chacun des refus étant juridiquement

⁴⁴⁰ Article 222-23 du code pénal.

⁴⁴¹ C. GIRAULT, « Identification et identité génétiques », *AJ Pénal*, , 2010, p. 224.

autonome. Ainsi, comme le remarque J. DANET « *la règle ne bis in idem ne s'oppose pas à ce que plusieurs poursuites puissent être engagées à raison des différents faits délictueux ; plusieurs déclarations de culpabilité peuvent être prononcées, les peines étant fixées en respectant les règles du concours réel d'infractions.* » Chaque nouveau refus de prélèvement crée une nouvelle infraction, sanctionnée distinctement, du premier refus, la seule limite à la multiplication des délits étant le délai d'une année prévue à l'article R23-21 du Code de procédure pénal. En tant qu'infraction continue, le refus de prélèvement permet de « forcer » la personne à y consentir car impliquant de nouvelles condamnations ou pour un prisonnier l'absence de remise de peine. En cela se trouve la seconde spécificité de ce délit. En effet, si d'autres dispositions législatives organisent la suppression des remises de peine, c'est par exemple le cas de l'article 723-5 du Code de procédure pénal qui supprime ces dernières si la personne a commis une infraction lors d'une permission de sortie, les dispositions de l'article 706-56 du Code de procédure pénale ne nécessitent pas et c'est une spécificité, le recours à un juge : elles sont les seules réductions de plein droit existantes dans le droit pénal français. D'ailleurs, la Cour d'appel de Pau⁴⁴² a considéré que ces dispositions étaient en contradiction avec la Convention européenne des droits de l'homme et notamment son article 6 § 1. Ainsi, certains auteurs n'ont pas hésité à considérer que ce délit devait être considéré comme un « délit d'opinion » puisqu'il « *sanctionne l'expression répétée et sollicitée d'un refus de principe.* »⁴⁴³ Dès lors, dans le cadre du fichage de police, le principe de libre consentement perdure, mais le refus est soumis à un autre régime juridique, ce dernier justifiant une dérogation au principe d'inviolabilité du corps humain. Dérogation et non violation, dans la mesure où le législateur considère que l'obtention d'éléments biologiques n'est pas alors, dans ce cas précis, pas une intrusion ou une pénétration portant atteinte au principe d'inviolabilité du corps. Dans cette perspective, cette liberté est une fiction inexacte, mais nécessaire, puisque entendue très restrictivement ; elle est alors contournée, voire forcée.

161. Inviolabilité et identification. Les rapports entre la finalité identificatoire du corps et le respect du principe d'inviolabilité s'ils ne sont pas évidents méritent tout de même quelques précisions. Le principe d'inviolabilité du corps a pour effet de limiter les

⁴⁴² Cour d'appel de Pau 31 mars 2011 – Dalloz 2011, p. 1142

⁴⁴³ J. DANNET, « Le FNAEG au Conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale », *AJ pénal*, 2010, p. 549.

modifications corporelles qui peuvent avoir pour conséquence un changement d'identité. Si d'autres exceptions à ce principe existent, la principale, à savoir le consentement, permettrait de modifier les identités à volonté. Néanmoins, au-delà du consentement, le critère de la poursuite d'une finalité thérapeutique permet de limiter les modifications d'identité, qui ne sont alors que des externalités du traitement et non sa finalité. Dès lors, le principe d'inviolabilité du corps a donc comme conséquence une relative stabilisation du corps, les modifications étant encadrées dans une double contrainte, médicale et volontariste.

162. Dès lors, il convient de s'intéresser non plus aux modifications corporelles qui ont pour objet des variations de l'identité, mais celles poursuivant une finalité thérapeutique qui peuvent avoir pour effet une modification de l'identité corporelle.

Paragraphe 2 : Le corps morcelé : greffes et éléments corporels

163. Cette interrogation sur le corps morcelé est *de facto* une réflexion sur les limites du syllogisme biométrique puisque la suppression, la modification ou la mutation du support de la mesure a pour conséquence de rendre impossible ou faussée cette dernière. Partant, la question des échanges d'éléments corporels intéresse directement la biométrie puisqu'elle en constitue la principale, voire la seule limite matérielle.

164. Caractère marginal et promotion. Les transplantations d'organes peuvent sembler marginales. Quantitativement tout d'abord : pour l'année 2014 en France il y a eu environ 500 greffes d'organes⁴⁴⁴. Au-delà de cette faiblesse statistique, les dons d'organes et d'éléments du corps sont devenus un enjeu de société désormais traité, depuis la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, en termes de non-discrimination ou grâce à l'instauration d'une journée de sensibilisation⁴⁴⁵. Substantiellement aussi, la question des greffes peut sembler statistiquement marginale. Néanmoins, les greffes, en rendant interchangeables des éléments corporels, sont une limite pour l'identification biométrique. En effet, elles portent atteinte à l'équivalence des identifications entre le corps et la personne puisque en cas de greffe l'identification corporelle peut ne pas renvoyer à l'identité de la personne. Et si aujourd'hui l'identification sur organe est statistiquement insignifiante puisque n'étant possible que dans l'hypothèse bien précise d'une identification génétique sur des restes humains, par exemple lors d'une catastrophe aérienne, elle est en revanche très souvent fondée sur la mesure d'un membre notamment les mains et les doigts. Or, les membres et les organes ont un régime juridique commun concernant leur greffe. Au-delà de cette schématisation, il est possible de constater que, loin de représenter une catégorie juridique homogène, les éléments échangés ou remplacés sont des catégories juridiques spécifiques soumettant l'identification corporelle à des problématiques singulières.

165. Statut du donneur. Concernant la problématique de l'identification, il convient de distinguer les greffes en fonction du statut du donneur : vivant ou mort. Si le donneur

⁴⁴⁴ Source Fédération des associations pour le don d'organes et de tissus. <http://www.france-adot.org>.

⁴⁴⁵ Le 17 octobre a été déclaré par l'O.M.S « Journée mondiale du don d'organes et de la greffe ».

est vivant, la greffe a pour corollaire une multiplication de l'identité de ce dernier. La multiplication portant, *a minima*, au niveau de l'identité génétique au niveau du greffon. Dans le cadre d'une greffe d'organe avec donneur vivant, deux personnes sont porteuses de l'identité génétique du donneur. Le donneur dans son corps et le receveur dans son nouvel organe. Face à une greffe avec donneur mort, l'identité n'est plus multipliée mais transmise. Ainsi, en cas de greffe, le code génétique du donneur continue à exister dans le corps du receveur, la question de sa multiplication étant fonction du statut (mort ou vif) du donneur.

166. Multiplication de l'identité. Les organes pouvant faire l'objet d'un don du vivant du donneur sont peu nombreux. En outre, cette liste limitative n'a pas vocation à s'accroître de façon exponentielle. En effet, tant la nécessité de disposer de l'organe en double⁴⁴⁶ que le consentement du donneur limitent drastiquement les possibilités de greffes. En outre, l'identité génétique se multiplie de façon relativement circonscrite dans la mesure où, en l'absence de tests ciblés sur l'organe, les tests ne constateraient pas la multiplication des ADN. Si quelques cas limites peuvent être imaginés, ils sont, pour l'instant, du domaine de la fiction. Néanmoins si les conséquences en matière d'identification sont relativement limitées pour les organes, elles sont plus importantes dans le cas d'un don de cellule ou de tissus. Pour ces dernières, tout comme en cas de greffes d'organes avec donneur vivant, l'identité génétique est multipliée. Ainsi, en cas d'allogreffe de tissus porteurs de l'identité génétique, le receveur possède alors deux ADN, le sien est celui du donneur. Et par exemple en cas d'identification génétique d'une trace de peau sur une scène de crime, l'expert pourrait alors conclure de manière erronée à la présence de deux personnes sur les lieux.

167. Distinction des prélèvements. La structure d'un code renseigne sur l'enchevêtrement des idées et sur la volonté du législateur d'en organiser les principes. Concernant le livre deuxième du code de la santé publique relatif au « *don des éléments et produits du corps humain* », les distinctions posées dans les titres renseignent sur les différents régimes juridiques que connaît la notion d'élément et produit du corps humain.

⁴⁴⁶ Si on pense avant tout aux greffes de reins, ces dernières sont aussi possible pour le foie et dans d'autres hypothèses.

Après avoir exclu un certain nombre d'éléments de son champ d'application⁴⁴⁷, le code distingue le sang humain⁴⁴⁸, les organes⁴⁴⁹ les tissus, les cellules, produits du corps humain et de leurs dérivés⁴⁵⁰. La transcription de ces catégories juridiques aux réalités biologiques est aussi artificielle que poreuse, notamment entre les tissus et les organes. À titre d'illustration, la moelle osseuse n'est considérée au terme de l'article L1241-1 du code de la santé publique que comme contenant des cellules hématopoïétiques, elles-mêmes considérées comme des tissus relevant du titre IV⁴⁵¹.

168. Critère de distinction. Juridiquement, il n'existe pas un unique critère de distinction entre ces catégories. En effet, le critère communément admis du caractère renouvelable ne permet pas d'expliquer la distinction matérielle entre le sang humain et les tissus, cellules et produit du corps humain, car le sang aussi est renouvelable. En outre, si l'absence d'un critère de distinction et donc de définition substantielle interroge, il n'est pas pour autant possible de définir ces catégories par une liste, le législateur ayant choisi, en refusant de donner un critère de définition, de ne pas qualifier lui-même les éléments rentrant dans ces catégories juridiques, cette imprécision juridique devant être comblées par le pouvoir réglementaire⁴⁵². Toutefois, pris entre la porosité des classifications scientifiques et l'imprécision des classifications juridiques, l'explication de cette triple distinction est peut-être à rechercher ailleurs que dans le droit et, selon leur appréhension, par la science *stricto sensu*, mais plutôt dans les finalités que poursuivent ces catégories.

169. Des catégories sans définition. Certaines qualifications ne sont que le réceptacle d'autres qualifications. Ainsi, si le code de la santé publique, tout en ayant un chapitre entier intitulé *le sang*, s'abstient d'en donner une définition, tout au plus s'intéresse-t-il aux produits sanguins labiles dont la liste exhaustive est renvoyée à un acte

447 Article R 1211-49 du code de la santé publique : » 1° *Les cheveux* ; 2° *Les ongles* ; 3° *Les poils* ; 4° *Les dents*. »

448 Qui fait l'objet du titre II du code de la santé publique.

449 Titre III II du code de la santé publique.

450 Titre IV II du code de la santé publique.

451 Aux termes de l'article L1220-1 du code de la santé publique : » *Le présent titre s'applique au sang, à ses composants et aux produits sanguins labiles, à l'exception » des cellules hématopoïétiques et des cellules mononucléées sanguines qui relèvent du titre IV du présent livre ».*

452 Voir en ce sens, sur la détermination des organes, l'article L1241-1 du code de la santé publique qui prévoit que « *Les dispositions de l'article L. 1243-2 sont applicables aux organes lorsqu'ils peuvent être conservés. La liste de ces organes est fixée par décret.* »

réglementaire⁴⁵³, le législateur se contentant de lister certains éléments « *notamment sang total, le plasma et les cellules sanguines d'origine humaine* ». Concernant le sang, le législateur a donné compétence à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé par l'entremise d'une décision de son directeur d'établir les éléments donnant lieu à son régime juridique. Pour les organes, la logique est toute autre, malgré l'absence de définition, la loi Cavaillat en 1976 parlait de prélèvement et le code de la santé publique possède un chapitre plus général, relatif aux organes. Si le code réglemente les modalités de transfert, les agréments pour les établissements et précise les grands principes (anonymat, gratuité, interdiction de la publicité...), il s'abstient de définir l'objet même de cet encadrement juridique : l'organe. Le droit européen quant à lui considère l'organe comme « *une partie différenciée du corps humain, constituée de différents tissus, qui maintient, de façon largement autonome, sa structure, sa vascularisation et sa capacité à exercer des fonctions physiologiques ; une partie d'organe est également considérée comme un organe si elle est destinée à être utilisée aux mêmes fins que l'organe entier dans le corps humain, les critères de structure et de vascularisation étant maintenus* »⁴⁵⁴ » Cependant, cette définition trop large est applicable à l'ensemble des éléments vivants dans le corps : le sang, la peau, les muscles, qui peuvent alors être considérés comme des organes, ce caractère généraliste permettant de rattacher les membres du corps humain à cette définition de l'organe. Ce rattachement permet de considérer que le régime juridique de la greffe d'organe est applicable à la greffe de membres.

170. Ainsi, pourront être considérés comme organes les éléments du corps non régénérables dont la transplantation est à visée réparatrice, les produits sanguins comme des éléments dont l'utilisation est à visée stabilisatrice pour la circulation sanguine et les greffes de tissus poursuivant une finalité correctrice. Maintenant qu'une ébauche de définition substantielle a été posée, il est possible de s'intéresser au régime juridique des rapports que la personne physique entretient avec les éléments de son corps.

453 JORF n°0276 du 28 novembre 2010 page 21143 Décision du 20 octobre 2010 fixant la liste et les caractéristiques des produits sanguins labiles

454 Directive 2010/45/UE du parlement européen et du conseil du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation

171. Absence de droit patrimonial. Classiquement, le corps ne peut faire l'objet d'aucun droit patrimonial, il ne peut donc pas être considéré comme un élément appartenant à une personne et pécuniairement quantifiable. Si l'appartenance et non la propriété, ne fait aucun doute, la prohibition de l'esclavage tout comme la pénalisation de la vente d'organe⁴⁵⁵, rend le corps pécuniairement inquantifiable⁴⁵⁶. Néanmoins, cette pénalisation n'est pas universellement partagée, le trafic d'organe, voire le « tourisme de la transplantation » pour reprendre l'expression de l'Organisation mondiale de la Santé, est en constante augmentation dans le monde. La France est protégée de ces pratiques qui touchent majoritairement les pays pauvres. En droit interne, le corps et ses organes sont classiquement considérés tant par la jurisprudence⁴⁵⁷ que par la doctrine, comme des choses hors commerce « *qui ne peuvent être l'objet de conventions (art. 1128), qui ne sont à ce titre ni susceptibles d'être vendues (art. 1598) ni de nature à être prêtées (art. 1878) et dont la propriété, enfin, ne peut s'acquérir par prescription (art. 2226).* »⁴⁵⁸ Cependant, le corps est un objet hors commerce particulier. En ce sens, il peut faire l'objet d'une convention, la seule interdiction portant sur son caractère onéreux, dans la mesure où le don d'organe est autorisé, voire encouragé. Ainsi, l'extra-patrimonialité du corps humain ne s'applique pas pleinement à ses éléments, tout au plus sont-ils soumis à un régime dérogatoire. Cependant, la présence d'éléments du corps humain dans le commerce (à titre gratuit) juridique, implique qu'un élément puisse circuler d'un corps à un autre. Cet élément en se déplaçant emporte avec lui une part de l'identité du donneur. Pour la biométrie, cette transmission d'éléments corporels pose le problème de l'identification du corps.

⁴⁵⁵ Article 511-2 du code pénal « *Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui. Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.* »

⁴⁵⁶ Cependant, si la transplantation est « gratuite » pour le donneur et le receveur, il faut constater qu'elle donne lieu à une activité lucrative. Le corps n'est alors hors commerce que pour la personne.

⁴⁵⁷ Voir à titre d'illustration sur la prohibition des mères porteuses « *le but poursuivi, à savoir la satisfaction du désir d'enfant d'un couple stérile, pour si légitime et digne de respect que soit ce désir, ne peut justifier l'atteinte portée au principe posé par l'article 1128 du code civil, de l'indisponibilité des choses qui sont hors du commerce, ce qui est à l'évidence le cas du corps humain* ». TGI Marseille, 16 déc. 1987, Gaz. Pal. 19 janv. 1988, p. 29

⁴⁵⁸ LOISEAU G., « typologie des choses hors du commerce », *RTD. Civ*, 2000, p. 47.

172. Ainsi, le démantèlement du corps peut entraîner des mutations de l'identité. Néanmoins pour réinterroger la majeure du syllogisme qui sert de modèle à la biométrie, à savoir l'imputation d'une donnée corporelle à une personne physique déterminée, il est possible de distinguer au sein des greffes celle qui combinent des identités (A) de celle qui les remplacent (B). Dans le premier cas la donnée corporelle renvoie à de multiples personnes, dans le second elle ne renvoie qu'à une seule personne, différente de celle à qui avait été imputée originalement la mesure.

A. Le corps modifié : greffe et combinaison d'identité

Deux hypothèses concernant les greffes peuvent entraîner une multiplication de l'identité : au terme du processus, le receveur possède en plus de sa propre identité, l'identité du donneur. Dans cette perspective, si les transfusions sanguines amènent une multiplication circonstanciée de l'identité (1), en revanche la catégorie générique des tissus, cellules et produit du corps humain, conduit à une multiplication généralisée de l'identité (2).

1. Le sang : Une multiplication circonstanciée des identités

173. Sang. Doté d'une charge symbolique forte, le sang a été aussi pour le droit synonyme d'hérédité. Sur le plan juridique, le *Jus sanguinis est un moyen d'acquérir la nationalité*. Car sur le plan symbolique il est synonyme de dévolution parentale de la nationalité. Indépendamment du symbole, concernant le livre deuxième du code de la santé publique relatif au « *don des éléments et produits du corps humain* », les distinctions posées dans les titres renseignent sur les différents régimes juridiques que connaît la notion générique d'élément et produit du corps humain.

174. C'est au début du XXe siècle que Karl LANDSTEINER découvrit les groupes sanguins, ce qui permit les premiers protocoles de transfusions sanguines⁴⁵⁹. Durant le XXe siècle, la transfusion est devenue un acte médical banal, réalisé environ 500 000 fois par an en France. Hélas, au début des années 1980, la transfusion cesse d'être un acte uniquement curatif et la France découvre le scandale du « sang contaminé »⁴⁶⁰. Face à la

⁴⁵⁹ Réalisée Le 27 Mars 1914 par ROBERT HUSTIN, les transfusions se sont développées au sein de la médecine de guerre durant la première guerre mondiale.

⁴⁶⁰ Cour de Justice de la République, 9 Mars 1999, n°99-001, *Laurent Fabius, Georgina Dufoix et Edmond Hervé*.

défiance de l'opinion publique, le législateur, dans un souci de transparence, prit la loi du 4 janvier 1993 afin de créer une Agence française du sang, remplacé en 1998 par l'établissement français du Sang chargé de veiller « à la satisfaction des besoins en matière de produits sanguins labiles et à l'adaptation de l'activité transfusionnelle aux évolutions médicales, scientifiques et technologiques dans le respect des principes éthiques. Il organise sur l'ensemble du territoire national, dans le cadre des schémas d'organisation de la transfusion sanguine, les activités de collecte du sang, de qualification biologique du don, de préparation, de distribution et de délivrance des produits sanguins labiles. »⁴⁶¹ La majorité des dispositions de cette loi, antérieure aux grandes lois bioéthiques, perdure encore aujourd'hui, preuve de la spécificité du régime juridique applicable au sang, irréductible au tronc commun de la bioéthique. Aujourd'hui, organisées par le Titre II du second livre du code de la santé publique relatif au « sang humain », les transfusions sanguines reposent sur deux principes cardinaux : l'anonymat du donneur et la gratuité du don⁴⁶². Si le principe de gratuité est extérieur à notre objet, l'anonymat tant du donneur que du receveur, appellent quelques remarques, notamment au regard de la finalité poursuivie par les systèmes biométriques : l'identification.

175. Statut du donneur. Dans le cadre du don de sang, le donneur est obligatoirement vivant. Il n'existe en droit français aucune procédure de don *post mortem*. Dès lors, le donneur conserve son identité sanguine et génétique. Concernant le receveur se pose alors la question de la transmission de l'identité du donneur. À l'exception de deux hypothèses, à savoir la greffe de moelle osseuse et la greffe sanguine totale, les produits sanguins sont aujourd'hui génétiquement anonymés, ce qui a pour corollaire la disparition de l'identité génétique du donneur. Il en découle que la transfusion sanguine ne permet pas un échange de données corporelles.

176. Anonymat des bénéficiaires. Prévu spécifiquement à l'article L1221-1 du code de la santé publique pour la transfusion⁴⁶³, l'anonymat est prévu de façon générique et

⁴⁶¹ Aux termes de l'article L 1222-1 du code de la santé publique.

⁴⁶² Pour une synthèse de ces principes voir : G. SEBASTIEN, « Quelques propos sur le don de sang en France », *Les Petites Affiches*, vol. 19, 1998, p. 23.

⁴⁶³ L 1221-1 « La transfusion sanguine s'effectue dans l'intérêt du receveur et relève des principes éthiques du bénévolat et de l'anonymat du don et de l'absence de profit, dans les conditions définies par le présent livre ».

pour l'ensemble des éléments et produits à l'article L1211-5⁴⁶⁴. L'anonymat est alors élevé au rang de principe. Cette règle impose seulement le non-enregistrement de l'état civil des personnes, la traçabilité du matériel sanguin étant assurée par d'autres moyens. Si ce principe d'anonymat est souvent présenté comme un corollaire du don⁴⁶⁵, il faut remarquer que cet anonymat est encadré par le secret médical. En effet, tant le donneur que le receveur ne sont pas anonymes lors des procédures médicales, ni de façon générale le donneur qui possède une carte de donneur de sang. L'anonymat en réalité porte sur l'absence de lien entre le donneur et le receveur. L'anonymat n'est pas le fait d'être anonyme *erga omnes*, mais uniquement *inter partes*. Toutefois, si les dispositifs de transfusion garantissent l'anonymat *inter partes*, la substance peut véhiculer une identité.

177. Anonymat substantiel. Depuis l'abandon des transfusions totales, seuls sont prélevés, conservés et transfusés des produits sanguins (plasma, plaquettes, concentré érythrocytaire...). Ces produits ont en principe subi une déleucocytation, procédé qui permet de retirer les globules blancs. Si cette précision peut sembler inutilement absconse, en réalité elle est fondamentale. En effet, la suppression des globules blancs a pour corollaire la suppression de l'ADN contenu dans le sang et donc des possibilités d'identification génétique. Malgré la suppression des possibilités génétiques d'identification, il est toujours possible d'identifier un individu, avec un faible pouvoir discriminant, à partir des groupes sanguins. Suite aux découvertes de LEINSTEINER, le sang fut catégorisé en huit groupes, classé en fonction de la présence d'antigène A ou B et de l'existence d'un élément sur la surface des globules rouges (rhésus positif ou négatif). Si le groupe O + représente 38 % de la population mondiale, les A — ne représentent que 1 % de cette dernière. Ainsi, si la déleucocytation anonyme génétiquement le produit sanguin, l'existence des groupes sanguins permet une identification faiblement discriminante. Néanmoins, cette utilisation à des fins identificatoires a pendant très longtemps été juridiquement utile puisque permettant de

⁴⁶⁴« Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique ». il est à noter que cet article connaît un copie à l'identique à l'article L 1221-7.

⁴⁶⁵ L'anonymat dans le don est le seul moyen d'éviter un effet induit du don au terme duquel tout don entraîne un contre don voir en ce sens M. MAUSS, *Essai Sur Le Don*. Routledge & Kegan Paul, 1969. Disponible en ligne.

confirmer ou d'infirmier une paternité⁴⁶⁶ et elle fut même considérée comme une méthode aussi fiable que les tests ADN⁴⁶⁷.

178. Greffe de moelle et chimérisme. La biologie contemporaine, au travers de la définition qu'elle donne au génotype, confond caractéristique génétique d'un individu et présence d'un seul ADN. Depuis 1959, la greffe de moelle osseuse a connu un essor considérable, particulièrement avec la découverte du système HLA⁴⁶⁸, dans le traitement des maladies sanguines notamment la leucémie et l'aplasie médullaire. La greffe de moelle, autorisée par le code de santé publique à l'article L 1241-1469, interroge directement les techniques d'identification génétique. Durant la greffe d'un système hématopoïétique allogénique⁴⁷⁰, couramment appelée greffe de moelle osseuse⁴⁷¹, les hématologues analysent le chimérisme sanguin, c'est-à-dire la part d'ADN du donneur présent chez le receveur. À la fin du traitement, les globules blancs du receveur contiennent l'ADN du donneur. Le génotype du receveur contient alors deux ADN, son sang contient l'ADN du donneur alors que l'ADN du corps n'a pas évolué. Trivialement, le corps contient deux ADN. Les possibilités d'identification génétique sont alors multipliées par deux. Ainsi, c'est l'ensemble du fichage génétique qui est remis en question, un individu pouvant être artificiellement porteur de deux patrimoines génétiques.

⁴⁶⁶ Voir notamment, Cour de cass. 19 nov. 1991 cité dans MASSIP, J., « Cassation de l'arrêt qui refuse un examen des sangs tendant à établir l'existence d'une fin de non-recevoir, même si les autres éléments de la cause étaient de nature à faire admettre la possibilité de la paternité », *Rec. Dalloz*, 1993, p. 29.

⁴⁶⁷ Cour de cassation, 1^{re} civ. 12 juin 2001 – D. 2001. 2089

⁴⁶⁸ Découvert par le Prix Nobel de médecine 1980 JEAN DAUSET, les Catégories HLA, en systématisant la compatibilité entre donneur et receveur ont permis d'éviter ou du moins de limiter les rejets des greffons.

⁴⁶⁹ « [...]Le prélèvement, en vue de don à des fins thérapeutiques, de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique ne peut avoir lieu qu'à la condition que le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, ait exprimé son consentement devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révoquant sans forme et à tout moment. »

⁴⁷⁰ En effet, il existe trois types de greffe de moelle osseuse, le premier est la greffe dite allogénique, le receveur et le donneur étant la même personne. Dans le cas des greffes syngéniques, les receveurs et les donneurs sont des jumeaux monozygotes. Des ces deux types de greffe, l'ADN du donneur et du Receveur sont identique.

⁴⁷¹ En 2011 en France 571 dons de moelle ont été effectués, dont 328 de donneur apparenté. Source *Bilan d'activité 2011 agence de la biomédecine*. Disponible en ligne.

179. Conséquence du chimérisme. Cette destruction de l'édifice juridico-scientifique est problématique pour l'identification génétique. La transformation d'hypothèses scientifiques en vérité juridique rencontre une limite, l'échec de l'hypothèse à saisir la complexité du réel. Or, le Droit n'organise aucune procédure pour contourner cette aporie puisqu'elle est inexistante dans le droit. Cette aporie n'est pas un vide juridique⁴⁷², elle est un exemple typique de « retard du droit »⁴⁷³, voire de confusion entre le réel et le monde juridique. Ainsi, il n'existe aucune procédure visant à multiplier les fichages ADN pour un individu, le fichage génétique se basant sur la croyance de l'unicité de l'ADN chez la personne. Ainsi, cette hypothèse, aussi limitée soit elle dans les faits, constitue un cas limite à notre proposition majeure, qui impute à une personne, une information corporelle. Dans l'hypothèse d'un chimérisme sanguin, une information peut être imputée à plusieurs personnes et une personne peut se voir imputer plusieurs mesures corporelles. Dès lors, dans une perspective plus prospective, la prise en compte de la greffe de moelle osseuse dans le fichage génétique n'aura pas pour conséquence une modification substantielle du fichage, mais une modification structurelle puisqu'il conviendra alors de séparer l'identification par l'état civil des identifications génétiques possibles. Et dans cette hypothèse, émettre une exception au principe d'unicité du corps et de sa mesure, ou *a minima* le droit positif devrait prévoir l'impossibilité d'utiliser l'empreinte génétique à partir du sang tant pour les donneurs que pour les receveurs de greffes de moelle osseuse.

2. Les tissus, cellules et produits du corps humain : une multiplication généralisée des identités.

180. Une catégorie générique. La catégorie des « tissus, cellules et produits du corps humain » interroge, en effet, sur la nécessité de distinguer les cellules et les tissus qui rentrent pourtant dans la catégorie générique des produits du corps humain. La solution semble simple au premier abord puisque la distinction tient au caractère détachable sans intervention médicale des produits du corps humain.

⁴⁷² Cette notion journalistique, n'existe pas dans un système répressif, ou tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis. Cependant communément elle vise le manque d'intérêt du législateur pour une question.

⁴⁷³ R. SAVATIER, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui ». *Dalloz*, 1964, p. 454.

181. Une catégorie incomplète. Le régime juridique créé dans le chapitre mentionné précédemment n'a pas vocation pour des raisons historiques⁴⁷⁴ à s'appliquer aux « 1° Les cheveux ; 2° Les ongles ; 3° Les poils ; 4° Les dents. »⁴⁷⁵. Cependant, nous pouvons constater que ces différents éléments peuvent servir à identifier, soit grâce à l'ADN qu'ils contiennent (cheveux et poils) soit pour identifier les cadavres, en utilisant les avancées de l'odontologie⁴⁷⁶. Pourtant, au-delà des éléments exclus, cette catégorie élastique laisse peu de place à une étude méthodique de l'ensemble des tissus, cellules et produits du corps humain. Tout au plus, est-il possible d'en dégager quelques remarques concernant l'identification.

182. Une catégorie identificatrice. Si les cellules et les tissus contiennent l'identité génétique de la personne, puisqu'ils en sont le support, les autres éléments (organes, sang) peuvent être analysés comme des composés de cellules et tissus. Dans ce perspectif et eu égard à la distinction mentionnée pour les greffes, l'identité d'un donneur vivant est multipliée alors que celle d'un donneur décédé est transférée. Par principe, l'identité génétique du donneur est localisée à l'endroit de la « greffe ». Cependant cette localisation connaît une exception : les thérapies géniques germinales et somatiques.

183. Thérapie génique. Si l'article 16-4⁴⁷⁷ du Code civil prohibe l'eugénisme actif et passif, la question de la thérapie génique germinale est posée comme une dérogation à cette interdiction. En effet, en précisant dans cet article que cette prohibition est « ... *Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne* », le législateur autorise les thérapies géniques à but thérapeutique. Ces dernières peuvent être définies comme « [...] *une intervention médicale consistant à insérer du matériel génétique dans l'organisme d'un*

⁴⁷⁴ En effet, ces derniers éléments étaient vendus.

⁴⁷⁵ Article R 1211-49 du code de la santé publique

⁴⁷⁶ En effet, l'odontologie permet d'identifier les cadavres soit grâce aux implants soit grâce aux radios des dents de la personne. En outre, elle permet aussi de donner un âge à la dépouille. Voir notamment : E. BACCINO « Identification des cadavres Intérêt de l'utilisation combinée de méthodes anthropologiques et odontologiques » *Bull. Acad. Natle Chir. Dent.*, 2002, 45-4. Disponible en ligne : http://www.academiedentaire.fr/attachments/0000/0029/45_4_Baccino.pdf

⁴⁷⁷ « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.* ».

patient soit pour remédier à l'insuffisance d'un gène altéré, soit pour moduler l'expression génétique, cellulaire ou virale, soit pour corriger une anomalie dans la structure d'un gène »⁴⁷⁸. Si ces thérapies sont encore très expérimentales, il est possible de constater cependant qu'elles posent des problèmes en termes d'identification. En ce sens, la modification de l'ADN induite par la thérapie perturbe le processus d'identification, l'identité génétique pouvant être distincte en fonction de la greffe. Cependant, les avancées de la science étant anarchiques et imprévisibles⁴⁷⁹, elles sont difficiles à systématiser, tout au plus le juriste peut-il distinguer une typologie en quatre points. S'il y a coexistence localisée de l'ADN du donneur et du receveur, les conséquences en matière d'identification sont alors identiques au régime de la greffe d'organe. Dans une seconde hypothèse, tout comme pour la greffe de moelle, la coexistence est généralisée. L'hypothèse de travail suivante est difficilement réalisable, il s'agirait de la transmutation de l'ADN du receveur en celui du donneur, l'identité génétique du receveur disparaissant alors au profit d'un doublement de l'identité du donneur. Dernière hypothèse, par hybridation, la naissance d'une nouvelle identité génétique, qui ne serait ni celle du donneur ni celle du receveur, cette nouvelle identité génétique du receveur serait la résultante de la thérapie génétique. Dans ce dernier cas, aucun des aspects prospectifs dégagés pour les organes ne serait pertinent puisqu'il conviendrait alors de supprimer le lien existant entre les données biologiques et l'identité pour relier cette dernière à une nouvelle identité génétique.

B. Greffes et remplacement d'identité

Popularisée par la greffe légendaire de la jambe d'un Maure sur Justinien par Saint Côme et Damien, la greffe est restée, jusqu'en 1954⁴⁸⁰, une œuvre de fiction⁴⁸¹. Aujourd'hui, l'opération de greffe s'est généralisée, on en décompte plus de 12 000 chaque année en France. Pratiquée désormais massivement, l'opération de greffe d'organe modifie en

⁴⁷⁸ J. BINET, « Fasc . 24 : respect et protection du corps humain . - Éléments et produits du corps humain. - Produits de thérapies génique et cellulaire. - Sang humain Points-clés », *Jurisclasseur*, 2006, pp. 1–142.

⁴⁷⁹ Ces évolutions aléatoires sont essentiellement dues à la structure des révolutions scientifiques. Voir notamment T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*. Flammarion, 2008. p. 284.

⁴⁸⁰ Première greffe de Rein (jumeaux monozygotes)

⁴⁸¹ La créature de Frankenstein. In M. SHELLEY, *Frankenstein ou Le Prométhée moderne*, Editions Gallimard, 2000, p. 309.

profondeur les rapports entre l'identité du corps et celle de la personne. En effet, dans l'hypothèse d'une greffe, l'identité du donneur s'implémente dans l'identité du receveur de façon limitée (1), bien qu'il soit possible de conceptualiser une greffe généralisée qui conduirait alors à une aporie pour l'identification biométrique (2).

1. Les organes : Un remplacement limité des identités

184. Distinction organes identificateurs/non identificateurs. Avant tout, au sein de notre objet d'étude, il faut distinguer entre les greffes d'organes non identificateurs ou classiques et celles d'éléments identificateurs⁴⁸² (yeux, mains, bras, visages). La greffe d'organe classique n'intéresse que marginalement la biométrie puisqu'elle ne prête qu'à une possibilité très limitée d'identification. Au contraire, la greffe d'organes identificateurs peut modifier l'identité d'un individu. En cas de greffes des deux mains⁴⁸³, les empreintes digitales du receveur deviennent celles du donneur. Dans cette hypothèse, le fichage du receveur perd alors toute pertinence puisque ses empreintes sont alors contenues dans des déchets médicaux. Dans l'hypothèse inverse, celle d'un donneur fiché, c'est le receveur qui possède alors son identité. Ainsi, cette étude sera limitée aux greffes d'organes identificateurs, seules à même de perturber la biométrie.

185. Greffes et biométrie. La vision du corps comme une machine dont les rouages interchangeables peuvent changer l'identification de la machine pose une aporie à la biométrie. En l'absence de prise en compte du changement d'identité⁴⁸⁴, la greffe d'organe identificateur rend invalide le socle de la biométrie : la fusion du corps et de la personne. En effet, le démembrement du corps, qui n'est plus une unité mais un composé, entraîne une identification à géométrie variable, voire dans certaines hypothèses une multiplication des identifications. L'identité n'étant plus alors ancrée dans le corps, mais

⁴⁸² Si cette division est totalement artificielle et dénué de lien avec le droit positif, les questions qu'elle pose, en revanche intéresse directement le droit positif, notamment face à l'usurpation d'identité (voir supra). En outre, si la distinction organes externes/ internes semblent au premier abord plus séduisante, les progrès de la science ont rendu cette distinction partiellement fictive. C'est pour cela qu'il est préférable de partir des éléments mesurés (les organes identificateurs), plutôt que d'une classification de l'ensemble des organes.

⁴⁸³ La première a été réalisée sur Denis Chatelier le 13 janvier 2000.

⁴⁸⁴ En 2013, aucune procédure de rectification des fichiers contenant des informations biométriques n'existe en cas de greffe de l'élément sur lequel portait justement l'identification.

telle une synecdoque dans un de ses éléments constitutants. Si l'article 16-4 du Code civil⁴⁸⁵ interdit les modifications à visées eugéniques, la greffe d'organe ne rentre pas dans le champ d'application de ce dernier article.

186. Typologie des greffes. La science médicale distingue quatre types de greffe. Le premier, l'autogreffe, consiste à greffer à une personne un organe lui appartenant, celle-ci est rencontrée notamment dans la médecine d'urgence (doigts sectionnés...) ne pose évidemment aucun problème en termes d'identification. Quant à l'isogreffe, elle se caractérise par l'utilisation d'un organe provenant d'un donneur qui a la particularité d'être un jumeau monozygote du receveur. Loin d'être anecdotique, cette technique fut historiquement privilégiée afin de limiter les rejets du greffon. C'est pour cela que la première greffe de rein fut une isogreffe. Mais, si ce type de greffe permet de supprimer le rejet et donc les traitements immunosuppresseurs, la faiblesse statistique⁴⁸⁶ de naissance de vrais jumeaux rend marginale ce type de greffe. En outre ces dernières n'ont aucune conséquence pour l'identification à l'exception de l'hypothèse de greffe de mains ou de doigt entre jumeaux puisque les empreintes digitales ou palmaires ne correspondent pas. Principale greffe en nombre de transplantations, l'allogreffe, c'est-à-dire une transplantation entre un donneur et un receveur, intéresse directement notre objet, car elle transfère ou substitue une identité à une autre. Afin de ne pas trop alourdir le propos, désormais nous utiliserons l'expression greffe pour désigner les allogreffes. Enfin, il existe une quatrième catégorie, marginale, mais en progression constante : les xénogreffes ; dans cette hypothèse, le donneur et le receveur n'appartiennent pas à la même espèce. Depuis la transplantation cardiaque de Baby Faes⁴⁸⁷, jusqu'à la transplantation de valve cardiaque de porc, l'utilisation de produits animaux pose un problème en termes d'identification. Cependant peu viable ou très localisé (valve

⁴⁸⁵ « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne. »

⁴⁸⁶ Environ 0.09% des naissances sont des jumeaux monozygotes.

⁴⁸⁷ BAILEY, L. L., S. L. NEHLSSEN-CANNARELLA, W. CONCEPCION, & W. B. JOLLEY, « Baboon-to-human cardiac xenotransplantation in a neonate. », *JAMA : the journal of the American Medical Association*, vol. 254, n°23, 20-Dec-1985, pp. 3321-9.

cardiaque) la possibilité d'une identification erronée puisque renvoyant à une espèce différente est marginale, mais existe.

187. Inapplicabilité du droit pénal. Le Droit pénal, dans une section relative à la protection du corps humain⁴⁸⁸, n'incrimine « que » la marchandisation de la greffe sans s'intéresser à la modification de l'identité qui peut être une conséquence indue de l'opération. Quant à l'incrimination d'usurpation d'identité prévue à l'article 226-4-1⁴⁸⁹ du Code pénal, deux arguments s'opposent à son application dans le cas des greffes. L'usurpation d'identité est entre vifs, Or, dans le cas de la greffe d'organe identificateur, le donneur est en principe décédé⁴⁹⁰. Ainsi, la greffe d'organe ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 226-4-1 du Code pénal. Second argument, l'absence de volonté du receveur de changer d'identité, tout au plus s'agirait-il d'une externalité à l'opération et non le but de l'acte médical. Quant aux articles 441-1 et suivants du Code pénal relatifs au faux et à l'usage de faux, si cette incrimination semble au premier abord séduisante, pour limiter l'aporie représentée par la greffe d'organe identificateur pour la biométrie, la définition du faux comme « altération frauduleuse de la vérité »⁴⁹¹ rend cette incrimination inapplicable. L'altération n'est pas frauduleuse, elle est une externalité de l'opération et non la finalité de cette dernière. S'il existe quelques dispositions particulières, notamment concernant le Fichier national des empreintes génétiques concernant la modification frauduleuse des échantillons biologiques⁴⁹², il est possible de

⁴⁸⁸ Article 511-2 du code pénal » *Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui. Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.*

⁴⁸⁹ « *Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne.* »

⁴⁹⁰ En Effet, communément il est possible de distinguer l'usurpation et le vol d'identité.

⁴⁹¹ Aux termes de l'article 441-1 du code Pénal » *Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.*

⁴⁹² Ainsi, l'article 706-56 du code de procédure pénale précise » [...] *Le fait, pour une personne faisant l'objet d'un prélèvement, de commettre ou de tenter de commettre des manœuvres destinées à substituer à*

constater qu'elle serait en l'espèce inefficace, le matériel biologique de la tierce personne étant depuis la fin de l'opération considérée comme « appartenant » à l'individu.

188. Aspects prospectifs. Face à l'inapplicabilité des procédures de droit pénal classique⁴⁹³ dans le contrôle de l'identité d'un individu dans l'hypothèse d'une greffe modificatrice de l'identité et face à la finalité des fichiers de police, confondre les coupables et disculper les innocents, deux solutions sont possibles. Dans la première hypothèse, une procédure d'anonymisation matérielle des organes du donneur. Ainsi, dans l'hypothèse d'une greffe de mains ou d'avant-bras, les empreintes digitales du donneur seraient purement et simplement supprimées. Cette solution, qui revient à standardiser les éléments du corps humain pour les rendre non identifiables, n'est pas adaptée à l'évolution des techniques et laisse en suspens tant la question de l'identité originelle, toujours fichée, mais matériellement inexistante que celle de l'identité génétique. La seconde solution consisterait en la création d'une procédure de modification des fichiers de police en cas de greffe, cette solution pourrait se baser sur une déclaration de l'assurance maladie⁴⁹⁴ vers les gestionnaires des fichiers. Cette solution aurait comme double avantage de pouvoir prendre en compte les variations de l'identification sans laisser une identité fantôme exister tout en limitant l'interconnexion à un lien monodirectionnel entre fichiers médicaux et fichiers de police.

189. Inadéquation du droit civil. Le droit civil ne connaît pas l'hypothèse de la greffe d'organe, ses procédures de modification de l'identité, d'un autre âge, sont désormais inadéquates. L'article 54 relatif aux faux et aux altérations⁴⁹⁵ ne porte que sur les

son propre matériel biologique le matériel biologique d'une tierce personne, avec ou sans son accord, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.[...]. »

⁴⁹³ A savoir le contrôle d'identité, ainsi que le contrôle dans des bases de données spécifiques notamment le FNAEG et le FNAED.

⁴⁹⁴ L'idée de connexion monodirectionnelle entre les fichiers de remboursement des traitements immunosuppresseurs, est facilitée par l'article D322-1 du code de la sécurité sociale, qui prévoit la suppression de la participation des assurés sociaux aux tarifs servant de base au calcul des prestations en nature de l'assurance maladie notamment concernant les « suite de transplantation d'organe ».

⁴⁹⁵ « Toute altération, tout faux dans les actes de l'état civil, toute inscription de ces actes faite sur une feuille volante et autrement que sur les registres à ce destinés, donneront lieu aux dommages-intérêts des parties, sans préjudice des peines portées au code pénal ».

documents d'état civil et non sur les preuves de ces derniers⁴⁹⁶. La première procédure porte sur la rectification des actes d'état civil⁴⁹⁷, ordonné par le président du TGI, elle ne porte que sur des erreurs ou des omissions matérielles et non sur des changements d'identité. En droit positif, il n'existe que deux possibilités de changement de l'identité, la première de nature jurisprudentielle, concerne le syndrome de Benjamin, la seconde prévue dans le Code civil aux articles 60 et suivants, concerne le changement de nom et de prénom. Ainsi, tant l'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la lettre du code ne permettent pas de prendre en compte l'hypothèse d'une transplantation modifiant l'identité.

190. Une modification nécessaire des preuves de l'état civil. Sur le modèle mis en place pour le changement d'état civil en cas d'opération de transsexualisme, il conviendrait d'étendre la possibilité de modification des éléments biométriques contenus dans les preuves de l'état civil aux greffes notamment concernant les preuves de l'état civil. Si le recours au juge peut dans ce cas sembler excessif, le rare nombre de greffes mettant en cause des éléments biométriques utilisés par le droit civil doublé du principe d'indisponibilité de l'état civil justifieraient un élargissement du champ d'application des procédures existantes plutôt que la mise en place d'une procédure *ad hoc*. Toutefois, la procédure existante connaît une limite majeure dans la mesure où elle se base sur la volonté de la personne. Dans cette perspective, une personne mal intentionnée pourrait s'abstenir de toute démarche. Cependant, l'absence d'interconnexion continue entre les fichiers de police et les fichiers d'état civil limitent l'intérêt de l'inexistence de la déclaration⁴⁹⁸, dans la mesure où l'individu dont les éléments biométriques ne

⁴⁹⁶ Voir titre 2.

⁴⁹⁷ Article 99 du code civil » *La rectification des actes de l'état civil est ordonnée par le président du tribunal. La rectification des jugements déclaratifs ou supplétifs d'actes de l'état civil est ordonnée par le tribunal. La requête en rectification peut être présentée par toute personne intéressée ou par le procureur de la République ; celui-ci est tenu d'agir d'office quand l'erreur ou l'omission porte sur une indication essentielle de l'acte ou de la décision qui en tient lieu. Le procureur de la République territorialement compétent peut procéder à la rectification administrative des erreurs et omissions purement matérielles des actes de l'état civil ; à cet effet, il donne directement les instructions utiles aux dépositaires des registres.* »

⁴⁹⁸ Ainsi, en cas de changement de sexe à l'état civil, aucune procédure n'existe pour informer les fichiers de police de cette modification.

correspondraient pas avec l'état civil se verrait *de facto* refuser son identification, la finalité des preuves de l'état civil n'étant que de faire correspondre une identité avec une personne⁴⁹⁹.

2. Une hypothèse de travail : un remplacement total de l'identité

191. Une fiction. Considérer le corps comme une machine dont les éléments seraient interchangeables peut pousser à l'extrême, conduire à la disparition de l'ensemble des éléments originaires. Cette hypothèse de science-fiction, celle de l'homme composite, a pris en littérature les traits de la créature de Frankenstein⁵⁰⁰, ou de la femme à tête de chien de A. BIOY Casarès⁵⁰¹. On retrouve d'ailleurs cette hypothèse limite de la transmutation

⁴⁹⁹ Voir *Supra* Titre 2

⁵⁰⁰ M. SHELLEY, *Frankenstein ou Le Prométhée moderne*. Editions Gallimard, 2000, p. 309.

⁵⁰¹ A. BIOY- CASARES, *Dormir au soleil*. Gallimard, 1992, p. 278. Cité par X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public: recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, p. 3.

des corps chez un philosophe des sciences comme SHOEMAKER⁵⁰² qui l'a conceptualisé à travers l'exemple fictif de la greffe de cerveau⁵⁰³.

192. Aporie pour les systèmes biométriques. La multiplication des corps pour une seule volonté conduit à une identification corporelle identique, alors même que la personne n'est plus la même. Ou du moins que le sujet de droit n'est plus identique. Le passage d'un sujet à un autre au sein du même corps invalide totalement l'axiome sur lequel se fonde la biométrie, à savoir qu'identifier le corps équivaut à identifier la personne. Cette hypothèse montre que la biométrie est insérée dans une épistémè⁵⁰⁴ ou un paradigme, c'est-à-dire dans une série de conditions qui détermine la validité d'un discours et ses conditions de vérité. L'hypothèse de la greffe de cerveau invalidant le présumé évident à savoir la fusion corps/volonté. Ainsi, les systèmes biométriques ne peuvent être pertinents seulement et uniquement que si la technologie et la médecine ne rendent pas possible cette hypothèse. Dans le cas contraire, l'existence de la transmutation des corps a pour corollaire que l'identification biométrique deviendrait non probante et

⁵⁰² « Il est maintenant possible de transplanter certains organes, les yeux et les poumons, d'un corps à un autre d'une façon telle que l'organe continue à fonctionner dans son nouvel environnement. Les physiologistes peuvent avoir des raisons pour considérer qu'une telle chose n'est pas possible avec un cerveau humain, mais il est au moins concevable (logiquement possible) qu'un corps humain puisse continuer à fonctionner normalement si son cerveau était remplacé par un autre cerveau issu d'un autre corps humain. Imaginons donc la situation suivante. Premièrement, supposons que la science médicale ait développé une technique permettant à un chirurgien d'extraire complètement un cerveau humain de la tête où il est logé, afin de l'examiner ou de l'opérer, avant de le réintroduire dans le crâne (en rebranchant les nerfs, les vaisseaux sanguins et ainsi de suite) sans causer la mort ni un dommage permanent ; nous avons à imaginer que cette technique « d'extraction de cerveau » est devenue une pratique courante dans le traitement des tumeurs cérébrales et autres affections du cerveau. Un jour, pour commencer notre histoire, un chirurgien comprend que son assistant a commis une erreur affreuse. Deux hommes, M. Brown et M. Robinson, ont été opérés d'une tumeur au cerveau. Dans les deux cas, une extraction de cerveau a été effectuée. Cependant, à la fin des opérations, l'assistant a mis par inadvertance le cerveau de M. Brown dans la tête de M. Robinson et le cerveau de M. Robinson dans la tête de M. Brown. L'un des deux hommes meurt immédiatement après, mais l'autre - celui possédant le corps de Robinson et le cerveau de Brown - reprend finalement conscience. Appelons-le « Brownson ». Cependant qu'il reprend conscience, Brownson manifeste un grand choc et une grande surprise en découvrant son corps. Apercevant alors le corps de Brown, il s'exclame incrédule « C'est moi qui suis couché là ! » En se montrant du doigt, il déclare « Ceci n'est pas mon corps, c'est celui qui est là bas qui est le mien ! » Lorsqu'on lui demande son nom, il répond automatiquement « Brown ». Il reconnaît la femme et la famille de Brown (que Robinson n'avait jamais rencontrées) et il est capable de décrire par le menu les événements de la vie de Brown, en les décrivant toujours comme des événements de sa propre vie. De la vie passée de Robinson, il ne fait preuve d'aucune connaissance du tout. On observe au cours du temps qu'il manifeste tous les traits de personnalité, manières, centres d'intérêts, goûts et dégoûts et ainsi de suite, qui caractérisaient Brown auparavant ; et qu'il agit et parle d'une manière complètement étrangère à l'ancien Robinson » S. Shoemaker, S., *Self-knowledge et self identity*, 1963.

⁵⁰³ S.FERRET, *Le philosophe et son scalpel: le problème de l'identité personnelle*, Paris, Minuit, 1993, pp. 113.

⁵⁰⁴ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966. M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1968

par conséquent rendrait les systèmes biométriques d'identification obsolètes. En outre, indépendamment de notre objet de recherche, ces hypothèses modifieraient en profondeur le droit civil et sa catégorie phare : la personne désormais physique.

193. Conclusion chapitre 1. En cherchant le concept juridique de corps, il a été montré que, loin d'être unique, il existe en réalité deux conceptions juridiques au corps. En effet, il a été possible d'opposer le corps comme unité au corps comme agrégat. Pour le corpus civiliste, le corps est un équivalent de la personne, intimement lié de sorte qu'identifier l'un revient à identifier l'autre. Il s'agit là du postulat de départ de la biométrie, indémontrable, mais est une condition d'existence du modèle de fonctionnement de la biométrie. Sans cette équivalence, le corps séparé de la personne ne peut entraîner des effets pour ou sur ce dernier.

194. En revanche, pour le corpus médical, qui conçoit le corps comme un agrégat, ce jeu de relation n'est plus automatique et même erroné. En autorisant les greffes d'organes, le droit médical rend caduc cette relation puisque désormais, le corps n'est qu'un assemblage contingent. Dans cette perspective, si le corps est la personne physique, l'identité de l'un n'est pas l'identité de l'autre puisque le droit médical en ouvrant le corps a démultiplié ses possibilités d'identification. En amenant cette logique à son paroxysme, l'hypothèse, pour l'instant purement théorique, d'une transmutation des corps, peut être posée comme une limite indépassable pour les systèmes biométriques.

195. Ainsi, les conceptions juridiques des corps agissent comme des cadres ou des structures pour la biométrie. Elles sont des conditions d'existence des systèmes biométriques, c'est-à-dire qu'elles déterminent la valeur des données biométriques en tant que preuve : la première conception est un axiome de la biométrie quand la seconde en constitue une limite. Toutefois, cette apparente aporie peut être contournée par une interrogation sur la notion d'identité.

Chapitre 2. L'identité corporelle

196. L'identité mot-valise. Le concept d'identité n'a pas d'identité ; derrière l'évidence du pléonasme, il est possible de constater qu'il concentre toutes les problématiques de définitions du concept d'identité. En effet, l'identité peut être considérée comme un concept au sens kantien — c'est-à-dire comme une idée existante *a priori* de l'expérience – afin de la distinguer du sentiment d'identité comme résultat d'une expérience singulière et subjective. Ces deux versants de l'identité ont aujourd'hui une existence juridique. Précédemment, le droit civil « classique », tel qu'il résultait du code de 1804, ne s'intéressait que faiblement⁵⁰⁵ à l'identité subjective de la personne physique au profit d'un encadrement de son état civil. Aujourd'hui, un mouvement inverse est à l'œuvre, le droit positif se préoccupant de « ... *l'épanouissement personnel. Cette affirmation aurait sans doute paru étrange à n'importe quel civiliste du début du siècle précédent, enclin à ne voir dans le Code civil de 1804 qu'une totale indifférence à la personne concrète et aux sentiments.* »⁵⁰⁶ Toutefois, nous partirons du postulat qu'en matière d'identification, l'identité est un concept synthétique au sens Kantien, c'est-à-dire construit théoriquement et séparé de toute appréhension empirique. Car l'hypothèse inverse conduit à une aporie, déjà relevée par DESCARTES⁵⁰⁷ et amenant à penser que le sentiment subjectif d'identité ne peut constituer un élément de base de toute réflexion rationnelle. D'un point de vue plus général, l'identité comme élément de socialisation est aussi un « mot-valise », hérité de la philosophie, qui comme souci de soi⁵⁰⁸ fonde l'*ego*,

⁵⁰⁵ L'existence et l'alimentation de l'état civil sont alors présentés alors comme des impératifs d'ordre public, est classiquement déterminé par un tiers sans aucune considération individuelle pour la subjectivité.

⁵⁰⁶ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité: étude de droit des personnes et de la famille*. L.G.D.J., 2000, p 17.

⁵⁰⁷ « *Mais peut-être qu'encore que les sens nous trompent quelquefois touchant des choses fort peu sensibles et fort éloignées, il s'en rencontre néanmoins beaucoup d'autres desquelles on ne peut pas raisonnablement douter, quoique nous les connaissions par leur moyen, par exemple que je suis ici, assis auprès du feu, vêtu d'une robe de chambre, ayant ce papier entre les mains et autres choses de cette nature. Et comment est-ce que je pourrais nier que ces mains et ce corps soient à moi? si ce n'est peut-être que je me compare à certains insensés, de qui le cerveau est tellement troublé et offusqué par les noires vapeurs de la bile, qu'ils assurent constamment qu'ils sont des rois, lorsqu'ils sont très pauvres; qu'ils sont vêtus d'or et de pourpre, lorsqu'ils sont tout nus, ou qui s'imaginent être des cruches ou avoir un corps de verre. Mais quoi! ce sont des fous et je ne serais pas moins extravagant si je me réglais sur leurs exemples* ». in R. DESCARTES, *Méditations métaphysiques*. Disponible en ligne.

⁵⁰⁸ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité: Le souci de soi*, Gallimard, 1984.

c'est-à-dire l'individu. En tant que matrice du sujet, ce concept dispose d'une place singulière et centrale dans l'histoire de la philosophie. Pierre d'achoppement de la querelle des universaux⁵⁰⁹, le concept même d'identité a été pour la philosophie, d'Héraclite⁵¹⁰ à RICŒUR,⁵¹¹ une interrogation vivace, traversée par une ligne de tension entre sa négation et son morcellement. Aujourd'hui, les conceptions de l'identité sont nombreuses et les recherches contemporaines se focalisent davantage sur l'identité fondant un groupe social au détriment de l'identité fondant la personne. Ainsi, les « *identity politics* » que l'on peut traduire par « politiques communautaires », sont dénoncées par A. Sen,⁵¹² car dans cette dimension l'identité « *nourrit la violence à force de mensonge* »⁵¹³. Ces recherches actuelles tendent à montrer que l'identité peut être meurtrière⁵¹⁴, dès lors que sa fonction est de séparer les personnes dans une dialectique inclus-exclus, cette appartenance « cristallisant »⁵¹⁵ selon la formule d'Howard Becker l'appartenance à un groupe social. Néanmoins, la récupération du concept d'identité en tant que grille d'analyse des dérèglements du monde⁵¹⁶, ne permet pas une compréhension accrue des enjeux de la définition de l'identité individuelle pour le droit.

⁵⁰⁹ Voir notamment : M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*. Presses Universitaires de France - PUF, 2013, p. 624. Et A. VIALA, *Philosophie du droit*. Ellipses Marketing. P. ALFERI, *Guillaume d'Ockham le singulier*, Les éditions de minuit, 1989, p.480.

⁵¹⁰ Pour qui « *Le soleil est nouveau chaque jour* » Fragments 6, Héraclite. In S.WEIL, *La source grecque*. Gallimard, 1953, p. 162.

⁵¹¹ P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*. Seuil, 1990, p. 424.

⁵¹² Pour une critique de cette position : V. DESCOMBES, *Les embarras de l'identité*. Editions Gallimard, p. 290.

⁵¹³ A. K. Sen, *Identité et violence: l'illusion du destin*. Odile Jacob, 2007, p. 13.

⁵¹⁴ A. MAALOUF, *Les identités meurtrières*. Grasset & Fasquelle, 2001, p. 189.

⁵¹⁵ H.S. BECKER, *Outsiders: études de sociologie de la déviance*. Editions Métailié, 1985, p. 61.

⁵¹⁶ A. MAALOUF, *Le dérèglement du monde: quand nos civilisations s'épuisent*. Grasset, 2009, p. 314.

197. Identité et droit. Aujourd'hui rattaché par la Cour européenne des droits de l'homme⁵¹⁷ à la vie privée⁵¹⁸, le concept d'identité de la personne a été modifié juridiquement. Autrefois l'identité était appréhendée comme une « *institution d'ordre public. [...] longtemps considéré comme indisponible, c'est-à-dire comme immuable et hors d'atteinte de la volonté individuelle* »⁵¹⁹. Pourtant, il faut constater que cette conception de l'identité a été battue en brèche sous l'influence de la Cour de Strasbourg que ce soit en matière d'identité sexuelle ou patronymique⁵²⁰. Désormais, cette subjectivisation de l'identité implique que soit reconnu « *le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »⁵²¹. Néanmoins, à l'exception de l'hypothèse des phénomènes de transsexualisme ou de transidentité⁵²², il faut constater que le droit positif se focalisant sur l'identité incorporelle, s'intéresse alors moins au physique de la personne. Or, concernant la biométrie, l'identité est en lien avec le corps que ce soit comme élément enregistré à l'état civil (le sexe) ou comme élément totalement extérieur à l'identité civile de la personne (photographie d'identité, empreintes digitales ou génétiques). il faut donc quitter les interrogations contemporaines sur l'identité au profit d'un retour dans l'histoire des idées pour voir apparaître le lien entre l'identité et la biométrie, dans le prisme d'une interrogation sur les liens entre l'identité et le temps.

198. Définitions générales. Même séparée du discours de l'individu sur sa propre identité, l'identité est un mot dont la définition semble nécessiter l'utilisation du concept

⁵¹⁷ CEDH, 11 juillet 2002, Christine Goodwin c. RU. A. LEBORGNE, « Arrêt Goodwin contre Royaume-Uni : les juges de Strasbourg disent oui au mariage des transsexuels », *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, vol. 11, 2002, pp. 14 – 15. J. HAUSER, « Note sous Cour européenne des Droits de l'Homme, grande Chambre, 11 juillet 2002, Christine Goodwin contre Royaume Uni, affaire numéro 28957/95 », *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ)*, vol. 4, 2002, pp. 782 – 784. E. DECAUX, « Note sous Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), grande chambre, 11 juillet 2002, Christine Goodwin contre Royaume Uni », *Journal du droit international (Clunet)*, vol. 2, 2003, pp. 556 – 558. N. DEFFAINS, « Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), grande Chambre, 11 juillet 2002, Christine Goodwin contre Royaume-Uni, requête numéro 28957/95 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), grande Chambre, 11 juillet 2002, I contre Royaume-Uni, », *Europe*, vol. 11, 2002, pp. 32 – 33.

⁵¹⁸ Au contraire du Conseil constitutionnel qui « *entend se concentrer sur la maîtrise de l'accès aux données identifiantes, si souvent synonymes de vie privée et de liberté individuelle, mais n'indique rien sur le droit à une identité ou sur l'expression de celle-ci* ». X. BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, vol. 65, n°1, 2006, p. 75.

⁵¹⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ, & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz. p 465.

⁵²⁰ Voir *infra*

⁵²¹ CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. RU*.

⁵²² Voir *Infra*

qu'elle cherche à préciser, ce qui a pour conséquence une mise en abîme constante de la définition. Transcendant cette apparente aporie notionnelle, le dictionnaire Lalande considère l'identité comme « *le caractère de ce qui est identique* »⁵²³ c'est-à-dire « (A) *ce qui est unique, quoique perçu, conçu ou nommé de plusieurs manières différentes. (B) À un individu [...] lorsqu'on dit qu'il est le même [...] à différents moments de son existence, malgré les changements parfois considérables qui peuvent y être survenus. (C) À deux ou plusieurs objets de pensée qui, tout en étant numériquement distincts, sont considérés comme présentant exactement toutes les mêmes propriétés ou qualités* »⁵²⁴. Partant, il nous faut alors distinguer l'identité (définition B), de l'identification (définition C) Cependant, l'existence de cette triple détermination de l'identité conduit à un enchevêtrement conceptuel qui semble nuire à la compréhension du concept. Cette interpénétration a pris corps dans l'histoire de la philosophie dans le problème du bateau de THESEE⁵²⁵ : quelle est l'identité d'un bateau dont les éléments sont systématiquement remplacés ? Est-ce le même ou est-ce un autre ? Dans cette perspective, les nouvelles planches de bois viennent-elles « recréer », un nouveau bateau pourtant identique dans la forme aux précédents ? Ces questions interrogent les rapports entre l'identité et l'identique, entre les deux premières définitions données par LALANDE. Première explication, défendue par J. Locke⁵²⁶, similaire dans la forme, le bateau est considéré comme identique au précédent. Seconde réponse possible, héritée d'Héraclite⁵²⁷, constitué d'éléments différents, le nouveau bateau est un autre navire. Ainsi, bien que juridiquement la solution soit évidente – il n'existe qu'un seul titre de propriété et donc un seul bateau — logiquement les deux conceptions de l'identité renvoient à deux solutions *a priori* inconciliables.

⁵²³ Article « identique » A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Presses universitaires de France, 1976.

⁵²⁴ Entrée « Identique » in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Presses universitaires de France, 1976.

⁵²⁵ S. FERRET, *Le Bateau de Thésée: le problème de l'identité à travers le temps*. Les Editions de Minuit, 1996, p. 151.

⁵²⁶ « *la variation de grandes quantités de matière ne modifie pas l'identité : un chêne, jeune plant devenant grand arbre puis arbre élagué, est toujours le même chêne ; et un poulain devenu cheval, parfois gras parfois maigre, est toujours le même cheval* » in J.Locke, *Essai sur l'entendement humain*. Seuil, 1998.

⁵²⁷ « *On ne peut pas se baigner deux fois dans le même fleuve. [Toutes choses] se répandent et de nouveau se contractent, s'approchent et s'éloignent* ». Fragments 91, Héraclite. In S. WEIL, *La source grecque*. Gallimard, 1953, p. 162.

199. Identité, corps et personnalité juridique. Appliquée à la personne et au corps, l'interrogation du bateau de THESEE prend alors une profondeur insoupçonnée. En effet, si le cycle de vie des cellules⁵²⁸ rythme la vie humaine, une personne peut-elle être identique à elle-même malgré le renouvellement intégral de ses cellules ? Et dans l'hypothèse où une cellule se différencie de la précédente, par exemple en cas de cancer, est-ce toujours la même personne ? Une modification de l'état civil (mariage, divorce) crée-t-elle une nouvelle identité et donc une nouvelle personne ? Pour le juriste la réponse est évidente : l'identité de la personne physique ne change pas du fait du physique de la personne⁵²⁹ ; en tant que fiction juridique — des langes au linceul — la personne conserve son identité inscrite dans l'état civil. Comme le remarque Maurice Hauriou, « *La personnalité juridique est comme un masque appliqué sur un visage, mais ne le moulerait pas exactement. La personnalité juridique individuelle nous apparaît continue et identique à elle-même, elle naît avec l'homme elle est du premier coup constituée ; elle soutient sans défaillance pendant des années, des situations juridiques immuables... Or, dans la réalité des choses, les représentations et les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, contradictoires ; non seulement elles ne persistent pas dans le même objet, mais elles y varient constamment. Sur cette physionomie, agitée, tumultueuse, bouleversée par tous les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire de l'homme, le droit a appliqué un masque immobile.* »⁵³⁰ Concernant la personnalité, depuis 1899 le droit civil a évolué en apportant notamment des dérogations au principe d'indisponibilité de l'état civil. Désormais, « *le subjectivisme des droits fondamentaux rencontre l'objectivisme du droit des personnes si imprégné d'ordre public et si consubstantiel à l'État* »⁵³¹. En effet, la personnalité ne masque plus totalement les changements dus à la volonté, notamment dans l'hypothèse d'un changement d'état civil en matière de transsexualisme.

⁵²⁸ A titre d'illustration, dans le sang, les globules rouges sont programmés pour une durée de vie de 120 jours et les plaquettes de seulement 10 jours.

⁵²⁹ Sous réserve de l'existence d'un acte modifiant l'état civil en y intégrant une transcription de la modification. Concernant le cas des transsexuels voir *infra*, p.101.

⁵³⁰ M. HAURIU *Leçons sur le mouvement social*, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1899, pp. 148-49. In D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité: étude de droit des personnes et de la famille*. L.G.D.J., 2000. X. BIOY « La personne humaine dans l'œuvre de Maurice Hauriou », *Mélanges en l'honneur de J.-A. Mazères*, Lexis-Nexis, 2009.

⁵³¹ X. BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC.*, vol. 65, n°1, 2006, p. 73.

200. Identité et biométrie. Cette opposition, entre l'identité et l'identique, se retrouve dans l'utilisation juridique des deux acceptions de l'identité au sein de notre objet d'étude, la biométrie conciliant les deux versants de l'identité. En effet, si identifier la personne ne permet pas, systématiquement, comme montré précédemment, d'identifier le corps et *vice-versa, il faut* peut-être rechercher la solution non pas dans une hypothétique distinction conceptuelle entre le corps et la personne, mais dans la notion même d'identité. Dans cette perspective, la seule solution à la distinction entre l'identité du corps et de la personne tient aux définitions du concept d'identité mobilisées. Entre l'identité du corps et l'identité de la personne, l'identité est plurielle et l'unicité du vocable ne cache qu'imparfaitement la dualité conceptuelle. Dans un premier temps, pour le corps l'identité est recherche de l'identique ; en effet, le cycle naturel des cellules, l'accroissement de la taille de la personne, les mutations génétiques, les greffes ou les mutilations, suppriment l'identité comme identique, renvoyant alors à une identification impossible ou erronée. Cette acception de l'identité est fonction d'un référentiel. En son absence une chose ne peut que fictivement être identique qu'à elle-même à un moment donné, dans un lieu déterminé — le référentiel permettant à l'observateur d'extraire des éléments remarquables de l'objet afin de pouvoir le comparer avec un autre. Dans cette perspective l'identité est pour le corps, toujours contextuelle.

201. En revanche pour la personne, l'identité l'est au sens de la seconde définition de Lalande, en ce qu'elle est une « *conscience qu'une personne à d'elle-même*⁵³² » et cette conception de l'identité est le monopole de la personne. Juridiquement, cette acception de l'identité se retrouve dans l'identité civile⁵³³ qui, acceptée et défendue, par la personne, est l'élément structurant de son identité. Néanmoins, cette acception de l'identité est inapplicable au corps tant il est inconcevable d'imaginer un corps conscient, par exemple un doigt sectionné doté d'une volonté propre. Tout au plus est-il possible de voir, notamment par l'imagerie cérébrale, les réactions physiologiques de la conscience, mais

⁵³² E. LITRE, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, p. 1839.

⁵³³ « *Ensemble des éléments qui, aux termes de la loi, concourent à l'identification d'une personne physique (dans la société, au regard de l'état civil) : nom prénom, date de naissance filiation, etc* ». Article « identité civile » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 454.

tout comme la partition n'est que le support de la musique, il ne s'agit pas pour autant d'un corps conscient⁵³⁴.

202. Synthèse des définitions. Il est toutefois possible de remarquer que cette conception de l'identité entretient des liens étroits avec son double. En effet, il est possible dans une perspective synthétique de dépasser cette multiplication des définitions, en considérant que l'identité (définition B) est ce qui est identique à soi-même⁵³⁵ (définition A) que l'identité comme information est alors assimilable à l'identité substantielle. Si certains logiciens trouvent cette proposition « inutile »⁵³⁶, force est de constater qu'elle permet dans le cas de la personne confrontée à son physique de mettre en place une nouvelle approche. Dans cette perspective, l'identité de la personne physique est ce qui la rend identique à elle-même, c'est-à-dire identique à la fiction juridique, qui n'est ni modifiée ni altérée par le passage du temps ou par la volonté. De ce point de vue, qualifiable de « statistique »⁵³⁷, l'identité de la personne physique c'est ce qui lui est indisponible : son état civil. Ce dernier est l'identité première et autonome de la personne. Première puisqu'elle est le point central à partir duquel se déterminent les autres identités ; autonome, car représentation idéale, qui « *permettait de faire évoluer dans le monde du droit des êtres qui n'existaient pas dans la nature* »⁵³⁸, elle ne nécessite contrairement à l'identité substantielle, aucun référentiel pour exister.

203. Cette nécessité d'un référentiel se retrouve dans la finalité que poursuit la biométrie à savoir l'identification. En effet, le corps changeant est toujours considéré

⁵³⁴ Sur cette distinction entre la pensée et voir le cerveau en train de penser, nous nous rangeons du côté du philosophe dans la controverse entre P. RICŒUR et J.-P. CHANGEUX. En effet, si l'imagerie cérébrale permet de voir un cerveau penser, en aucun cas elle ne permet voir de « la pensée ». J.-P. CHANGEUX, & P. RICŒUR, *Ce qui nous fait penser: la nature et la règle*. Odile Jacob, 1998, p. 350.

⁵³⁵ Voir en ce sens la définition de l'Identité comme « ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

⁵³⁶ « Une chose est identique à elle-même. Il n'y a pas de plus bel exemple de proposition inutile et néanmoins liée à un jeu de la représentation. Comme si nous insérions en imagination la chose même dans sa forme propre et comme si nous constatons qu'elle lui convient. » Citation attribuée à Wittgenstein in : V. DESCOMBES, *Les embarras de l'identité*. Editions Gallimard, p. 290.

⁵³⁷ « Cette approche de l'identité en termes de droits fondamentaux s'oppose à un courant doctrinal fort que l'on peut nommer le « *statutisme* » : contre le pluralisme et l'autonomisation des données identifiantes, il s'agit de poser que l'identité est trop importante pour fluctuer et qu'il y va de l'intérêt même de la personne de s'en remettre à l'État, seul garant de la stabilité caractéristique de l'identité ». X. BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC.*, vol. 65, n°1, 2006, p. 75.

⁵³⁸ C. BYK, « médecine et société : vers de nouvelles frontières du corps », *Revue de la Recherche Juridique*, vol. 1, 2012.

comme un même corps tant que son identification ne change pas. Dès lors, considéré comme « *l'identité corporelle, naturelle de chaque individu, celle qui fait qu'un être humain existe comme un être unique et ne se confond avec aucun autre.* »⁵³⁹ L'identité physique, comme identité particulière de la personne, est enserrée dans une apparente contradiction. Comment conserver la stabilité de l'identité de la personne physique en se basant sur des éléments non juridiques et dont la transcription juridique prévoit, voire organise, leur instabilité ?

204. Cette recherche de la stabilité à partir d'éléments instables, ne peut se baser dans un premier temps que sur une étude substantielle de l'identité corporelle (Section 1) afin de circonscrire l'instabilité des éléments, ce qui permettra de s'intéresser aux régimes juridiques de l'identité, centrés sur leurs vecteurs, c'est-à-dire les éléments assurant une transcription non substantielle dans le monde juridique : les données à caractère personnel (Section 2).

⁵³⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

Section 1. L'identité corporelle substantielle

Découpage de l'identité. La grande distinction, développée par Paul RICŒUR, dans son magnum opus, *soit même comme un autre*⁵⁴⁰, est constituée de la complémentarité entre l'*Iipse* et l'*idem* ; entre l'identité mouvante, vécue subjectivement (l'*ipse*) et l'identité stable, indépendante de l'influence du temps et de la volonté (l'*idem*). Néanmoins, loin de représenter une séparation, cette distinction sert de support à une certaine conscience de soi, comme le remarque Paul RICŒUR « *l'identité à la fois comme idem et comme ipse est source de l'estime, de la dignité et de respect. Tout en représentant le Soi, elle se crée constamment dans l'interaction en rapport avec l'autre* »⁵⁴¹. Néanmoins, développée au sein d'une théorie philosophique du statut du narrateur, ce découpage didactique peut en ce qui concerne le corps sembler totalement artificiel. Effectivement, distinguer deux types d'identité pour un même objet implique de définir strictement la ligne de séparation. Et si le droit civil classique ne connaissait en application du principe d'indisponibilité de l'état civil que l'*idem*, la volonté s'est lentement immiscée dans notre droit, notamment au travers d'une reconnaissance de l'*ipse*. Et au contraire de cette évolution historique, aujourd'hui, certaines institutions ont pu déplorer l'évolution de la place de l'*idem* et la contraction de la sphère de l'apparence notamment du fait des techniques biométriques à cause desquelles « *le rapport à l'autre s'efface au profit de la preuve par le même* »⁵⁴².

La distinction en doctrine. Indépendamment des limites de la technique, chaque matière secrétant ses propres outils, il est toujours dangereux, voire néfaste, pour la compréhension de mobiliser un outil extérieur, pour expliquer le monde du droit. Néanmoins la distinction entre l'apparence et l'*idem* est aujourd'hui présente dans la juridique. Comme le remarque le Professeur X. BIOY au sujet du Conseil constitutionnel « *l'identité c'est avant tout l'identification qui assure la continuité du sujet individuel et permet de la saisir à tout moment. Il faut partir de cet aspect traditionnel qui oppose à la nécessité de l'identification la protection de la liberté et de la vie privée. Mais la dimension personnelle de l'ipse n'est pas totalement étrangère à*

⁵⁴⁰ P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*. Seuil, 1990, p. 424.

⁵⁴¹ A. CEYHAN, « enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », *Cultures & conflits*, n°64, 2006, p.44.

⁵⁴² *idem*.

cet aspect classique quand l'identification permettrait d'accéder à l'identité »⁵⁴³. Au-delà de ce déplacement de la distinction identitaire dans la sphère du droit, l'utilisation des démembrements de l'identité concernant l'identité corporelle porte sur un objet différent des précédentes utilisations juridiques de la distinction : le corps.

Apparence, Structure et corps. Cependant, en ce qui concerne le corps, les concepts d'apparence et de structure ne sont pas strictement opposés, mais au contraire liés temporellement. Si STRAWSON⁵⁴⁴, dans son interprétation de l'identification spatio-temporellement définie, semble logiquement limiter l'identité du corps à sa structure, dans la mesure où seul ce versant de l'identité est par nature stable malgré le passage du temps. Pourtant, cette limitation a été en partie dénoncée par RICŒUR, au profit d'une analyse de l'objet corps tant d'un point de vue de l'*ipse* que de l'*idem*. Ainsi, tel le bateau de THESEE, la somme des ipsités du corps ne conduit pas à sa memeté, les modifications de l'apparence n'entraînant pas de changement de la structure du corps. Il y a donc une frontière claire entre l'identité corporelle vécue et l'identité corporelle objective. Pourtant, au contraire de cette séparation entre l'apparence et la structure du corps, la Cour de cassation a autorisé en 2014, le recours à des tests ADN afin de découvrir les « *Caractères morphologiques apparents du suspect* »⁵⁴⁵ Dès lors, nous pouvons soutenir — en opposition avec leur définition philosophique — que le découpage entre l'apparence (*l'ipse*) et la structure corporelles (*l'idem*) est une question de seuil et non de nature. Alors privée de frontière étanche, la qualification d'un élément comme relevant de l'apparence ou de la structure est une question qui reste pour la biométrie ouverte. En effet, en l'absence de séparation stricte, il est possible de considérer que l'ipsité du corps en tant qu'identité réflexive s'exprime dans l'apparence alors que la memeté comme permanence est l'identité corporelle non apparente, structurelle, radicalement indépendante de la volonté. Cette classification entre identité corporelle apparente (Paragraphe 1) et identité corporelle non apparente (Paragraphe 2) est juridiquement porteuse. En effet, il est possible de constater que cette distinction met en lumière

⁵⁴³ X. BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC.*, vol. 65, n°1, 2006, p. 79.

⁵⁴⁴ P. F. STRAWSON, *Les Individus: essai de métaphysique descriptive*. Ed. du Seuil, 1959, p. 287.

⁵⁴⁵ « *Attendu qu'en cet état et dès lors que l'expertise ordonnée par le magistrat instructeur sur le fondement de l'article 81 du code de procédure pénale consistait exclusivement à révéler les caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu d'un crime à partir de l'ADN que celui-ci avait laissé sur les lieux, à seule fin de faciliter son identification, l'arrêt n'encourt pas la censure* ». Cour de cassation - Chambre criminelle - Arrêt n° 3280 du 25 juin 2014 - ECLI:FR:CCASS:2014:CR03280

l'existence de deux régimes juridiques distincts concernant l'identité du corps. Dans un premier temps, si le droit interdit les modifications de l'*idem* dans l'identité corporelle, il inverse totalement le principe en autorisant les variations de l'apparence corporelle.

Paragraphe 1. L'identité corporelle choisie

Aujourd'hui « *la volonté de transformer son corps est devenue un lieu commun* »⁵⁴⁶ et juridiquement la question de l'apparence du corps prend la forme d'un principe d'autorisation des modifications assorti d'exceptions relatives à l'ordre public. Considérée comme « *sujet réfléchi* » et fondement de la dignité, l'ipséité représente le « *corps tel qu'il se vit à l'intérieur* »⁵⁴⁷. Pourtant, l'apparence du corps n'est pas uniquement l'appréhension que le sujet a de son corps, car cette conception comme pure subjectivité impliquerait que seul le discours de la personne sur son propre corps peut être porteur d'identité ; il y aurait donc autant d'apparences corporelles possible que de personne et de discours émanant de ces dernières. Partant, de cette limite, nous amenderons la définition de l'*ipse* en changeant son point de départ : désormais le tiers et non plus le sujet. Ce nouvel angle de vision de l'identité étant le seul à même de sortir l'ipséité de la subjectivité. Ce renversement de l'appréhension de l'identité apparence a pour corollaire une objectivation : l'identité n'est plus vécue, elle est constatée et ce passage de l'identité sujet à l'identité objet implique une confusion entre l'*ipse* et l'apparence, seul élément que peut saisir un tiers de l'*ipse* corporelle. Et cette apparence est alors le seul élément de l'*ipse*, pouvant faire l'objet d'une reconnaissance par le droit et donc d'un encadrement⁵⁴⁸.

Dans cette perspective, l'apparence c'est ce que le tiers peut comprendre et médiatiser de l'*apparence* corporelle de l'individu, prosaïquement elle est constituée par ce qui se donne à voir. Et concernant cette image du corps, la question de son régime juridique se

⁵⁴⁶ LE BRETON, D. *Signes d'identité: tatouages, piercings et autres marques corporelles*. Editions Métailié, 2002, p. 7.

⁵⁴⁷ CCNE, 20 juin 2007, Avis n° 98 *Biométrie, données identifiantes et droits de l'Homme*.

⁵⁴⁸ En effet, l'*ipse* en tant qu'état d'esprit ne rentre que très marginalement dans le champ juridique, notamment au travers l'interdiction des drogues et l'encadrement de certains médicaments. Ces derniers pouvant concourir à la modification de l'*ipse* de la personne.

pose. En effet, si *l'apparence* est une construction intellectuelle, ce concept se retrouve dans le droit dans la mesure où il existe un régime juridique qui permet de clarifier les droits des tiers et de la personne sur son apparence. Effectivement, si le droit laisse une liberté aux personnes quant à la détermination de leur apparence (A), il interdit toutefois de masquer intégralement cette dernière (B).

A. Le principe de libre détermination de l'apparence

205. « *La Cour estime en effet que les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée.* »⁵⁴⁹ Et pourtant ce principe de libre détermination de l'apparence n'est jamais proclamé en tant que tel en droit interne. Pourtant, le principe de libre détermination de l'apparence corporelle se retrouve tant dans l'interdiction de discriminer en raison de l'apparence que par la reconnaissance d'un préjudice relatif à ce dernier (1) que dans la possibilité de la modifier notamment grâce au recours à la chirurgie esthétique (2).

1. L'apparence saisie par le droit

206. Définition. Considérée par le non-juriste comme « *Ce qui apparaît d'une chose* »⁵⁵⁰, cette définition en forme de pléonasme peut être précisée comme « ce qui paraît aux yeux »⁵⁵¹. Élevée juridiquement au rang de théorie⁵⁵², l'apparence est tant comme théorie que comme concept synonyme d'évidence pour les tiers. Et concernant le rôle du juge dans sa détermination, force est de constater que si ce dernier prohibe les

⁵⁴⁹ CEDH, 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, requête n° 43835/11. § 107.

⁵⁵⁰ E. LITRE, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, p. 1839.

⁵⁵¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

⁵⁵² « *Théorie prétorienne en vertu de laquelle la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime ont ignoré la réalité* » G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

discriminations sur son fondement, il est aussi obligé de s'en servir de base de son raisonnement⁵⁵³.

207. Principe de libre détermination de l'habillement. Avant même de s'intéresser à l'apparence du corps, il est possible de nous interroger sur l'apparence de la personne, notamment au travers des restrictions en matière d'habillement ou de coiffure⁵⁵⁴. Et concernant les systèmes biométriques notamment ceux utilisant la reconnaissance faciale, l'existence d'un tel principe peut gêner la prise de mesure et faire augmenter d'autant le taux d'impossibilité d'enrôlement (FTE). D'ailleurs et c'est notamment le cas dans l'espace public ce principe est supprimé, afin de protéger l'ordre public entendu alors dans son acception substantielle définissant les buts de la police administrative⁵⁵⁵. Dans cette perspective ce n'est peut-être pas un hasard si la première règle réglementaire d'interdiction a été surnommée le décret « anti cagoule »⁵⁵⁶ et que la loi sur ce sujet visait *de facto* un vêtement : le voile intégral. Face à ces éléments, inexistante en droit positif, la liberté de s'habiller peut-être déduite, en miroir, par l'existence de restrictions spéciales attenantes⁵⁵⁷.

208. Apparence et ordre public. Concernant la trilogie classique de l'ordre public, il faut constater que si les impératifs de salubrité peuvent entraîner des restrictions à l'habillement des agents, notamment en milieu hospitalier, c'est le motif de maintien de la sécurité qui est le plus souvent mobilisé. La prohibition de l'apparence pour des raisons d'ordre public se retrouve dans la prohibition faite des deux côtés de l'éventail entre la nudité⁵⁵⁸ et la dissimulation intégrale⁵⁵⁹. D'ailleurs, concernant les prohibitions du voile

⁵⁵³ X. BIOY, « Juge et apparence physique », in N. JACQUINOT, *Juges et apparences*, LGDJ-Presses d'UT1 Capitole, 2011, pp. 23-53

⁵⁵⁴ CEDH, 18 juin 2013, *Popa c. Roumanie*, n° 4233/09, §§ 32-33

⁵⁵⁵ G. LEBRETTON, article « Ordre public », in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, & S. Rials, *Dictionnaire des droits de l'homme*. Presses Universitaires de France, 2008. p. 717.

⁵⁵⁶ A.-G., ROBERT, « Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique », *Revue de science criminelle*, 2009 p. 882.

⁵⁵⁷ R. HANICOTTE, « Pandore et saint-frusquin », à quand une police du textile? », *la Sem. Jurid. Ed. générale*, n°28, 2013, pp. 1-8. et F. DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé: vers une moralisation de l'espace public? », *La Sem. Jurid. Adm. Collect. Territ.*, n°48, 2010.

⁵⁵⁸ « *L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ». Article 222-32 du code pénal.

⁵⁵⁹ Décret du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique.

dans l'enseignement secondaire⁵⁶⁰ ou du voile intégral dans l'espace public⁵⁶¹, la liberté d'habillement qui serait une composante de la liberté personnelle n'est pas mobilisée dans la conciliation avec l'ordre public, le législateur se montrant étonnamment silencieux alors que le Conseil constitutionnel⁵⁶² tout comme la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁶³ s'emparent de cette question sur le fondement de la liberté religieuse⁵⁶⁴ avec des solutions difficilement systématisables⁵⁶⁵. Quant à l'encadrement de l'habillement dans les « institutions disciplinaires », si elle se justifie aussi par des motivations d'hygiène et de sécurité, elle ne s'explique que par la volonté de désindividualiser les usagers ou les agents afin, à titre d'illustration, d'interdire « *le port de signes ou tenues*

⁵⁶⁰ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

⁵⁶¹ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO 3 mars, p. 4128

⁵⁶²Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, loi *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. A. LEVADE, « Epilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée ! », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 43, 2010, pp. 1978 – 1981. J.-B. PERRIER, « Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, 2011, pp. 425 – 428. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-burqa : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique », *RFDC*, vol. 87, 2011, pp. 548 – 560. D. FONSECA, « De l'effacement des figures aux figures de l'effacement. Plaidoyer pour une généalogie philosophique des décisions du Conseil constitutionnel. L'exemple de l'interdiction de la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public », *Droits.*, vol. 52, 2012, pp. 165 – 185. M. VERPEAUX, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, vol. 42, 2010, pp. 2373 – 2377.

⁵⁶³ CEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c. France*, Requête n° 43835/11. H. SURREL, « Prise en compte prévisible de la singularité française du “vivre ensemble” », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 28, 2014, pp. 1398 – 1398. B. BONNET, « La Cour EDH et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 29, 2014, pp. 1425 – 1428. C. CHASSANG, « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 30, 2014, pp. 1701 – 1707. A. LEVADE, « Ultime hypothèque levée : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public n'est pas contraire à la Convention EDH ! », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 39, 2014, pp. 1686 – 1688. J.-P. Marguénaud, « Le « vivre ensemble » et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public ou le bricolage d'un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d'une incrimination malvenue », *Rev. Sci. criminelle droit pénal comparé*, vol. 3, 2014, pp. 626 – 632.

⁵⁶⁴ En ce sens, les dispositions normatives hexagonales rejoignent les interrogations de la Cour européenne des droits de l'homme, qui traite la question du voile, essentiellement comme un « problème » religieux. Voir en ce sens CEDH, 29 juin 2004, *Leyla Şahin c. Turquie*, n° 44774/98.

⁵⁶⁵ Voir notamment, CEDH, *Ahmet Arslan c/ Turquie*, 23 février 2010. n°41135/98 comme le remarque en 2010 J.-P. Marguénaud : « *S'il devenait définitif, l'arrêt Ahmet Arslan du 23 février 2010 qui consolide la liberté des hommes de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous en Turquie rendrait très paradoxale l'adoption d'une loi qui limiterait celle des femmes en France* ». J.-P. Marguénaud, « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 11, 2010, p.684.

par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse »⁵⁶⁶. Cette interdiction est guidée par la protection de la neutralité des services publics, principe applicable aussi à certaines catégories d'usagers et d'agents. Concernant ces derniers, le même type de raisonnement est à l'œuvre concernant le régime juridique de l'habillement des militaires qui interdit « la présence d'effet non réglementaire »⁵⁶⁷. Toutefois, de manière plus générale pour la biométrie, la question de l'apparence est restreinte au corps, même si, certains artefacts, prothèses ou bijou peuvent y être rattachés. Néanmoins, au-delà des problèmes juridiques posés par les rajouts à l'apparence de la personne, elle peut en tant que telle être un motif de discrimination.

209. Apparence et interdiction des discriminations. Motif de discrimination⁵⁶⁸, l'apparence physique ne connaît pas de définition en droit positif, cette dernière oscillant entre l'apparence visuelle et une conception plus restrictive, limitant l'apparence physique à l'apparence corporelle. Pourtant, « Toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur [...] apparence physique »⁵⁶⁹ est susceptible d'une sanction pénale. Pourtant, indépendamment de ce volet pénal, l'acceptation la plus large se retrouve dans certaines jurisprudences qui considèrent que l'apparence physique est avant tout l'apparence visuelle et ne se limite alors pas à l'apparence corporelle. Ainsi, l'interdiction du port de boucles d'oreilles par un salarié homme est considérée comme une discrimination⁵⁷⁰. Dans ce cas, la chambre sociale de la Cour de cassation rattache à l'apparence physique un élément extérieur au corps pour fonder la discrimination par une analogie au statut juridique des prothèses⁵⁷¹ comme « personne par destination »⁵⁷². Cette assimilation est nécessaire puisque comme le Remarque X. LABBEE « la notion de

⁵⁶⁶ Article 1 de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

⁵⁶⁷ Article D413-2 du code de la défense

⁵⁶⁸ Article L 1132-1 du code du travail

⁵⁶⁹ Article 225-1 du code pénal.

⁵⁷⁰ Cour de Cass, Soc., 11 janvier 2012, n°10-28.213

⁵⁷¹ « La prothèse est donc un objet mobilier au service de la personne, qui suivra le régime juridique de la personne. C'est un élément du corps humain.. Et de là à dire que le corps lui-même n'est qu'un objet au service de la personne, dont la définition se réduirait, pour le juriste, à la qualité de sujet de droits et pour le non-juriste à la notion « d'âme », il n'y a qu'un pas qu'il nous reste peut-être à franchir en ce nouveau millénaire » X. LABBEE, « Le chien prothèse (suite) », Recl. Dalloz, 2000, p. 750.

⁵⁷² Voir notamment F. BOUVIER, « les prothèses et le droit », *Gaz. Pal.*, 1993, 2, 1294 ; M. PICQ, « La prothèse et le droit », *les petites affiches* 7 octobre 1996, n°121

*personne par destination est une notion nécessaire, dans la mesure où de plus en plus, l'objet matériel remplace la chair, en remplissant exactement les mêmes fonctions que l'organe défaillant, en faisant même parfois mieux*⁵⁷³ ».

Pourtant, au contraire de ce nouveau découpage de la personne, il est possible de considérer que le concept de personne humaine rend superflu cette construction juridique⁵⁷⁴. Pourtant, si l'apparence n'est pas limitée au corps, elle est en lien direct avec ce dernier, la jurisprudence n'hésitant pas à considérer que l'existence d'une prothèse peut fonder un préjudice esthétique⁵⁷⁵. Cependant, en ce qui concerne les discriminations, l'apparence n'est juridiquement pas considérée comme un critère objectif permettant de les fonder légalement. Que ce soit la corpulence⁵⁷⁶, la nécessité d'une « photo en pied » pour une hôtesse d'accueil⁵⁷⁷ ou la longueur des cheveux, l'apparence considérée comme un motif de discrimination, implique, logiquement, qu'un tiers ne peut pas imposer une apparence à une personne. Il existe donc une liberté d'apparence pour la personne qui ne peut pas être contrainte, sauf exceptions⁵⁷⁸, par un tiers. Dès lors, ce principe de libre détermination de la personne bien que jamais inscrit en droit positif irriguerait ce dernier. Pourtant, si la personne est libre de déterminer son apparence, la question de la « copie » d'une apparence déjà existante se pose d'autant que cette hypothèse peut entraîner un accroissement du taux de faux positifs pour les systèmes biométriques, notamment la reconnaissance faciale. Cependant, il existe un autre problème juridique relatif à l'apparence des personnes : la question de sa copie par un tiers.

210. Apparence et sosies. Partant, S'il est prohibé de discriminer en fonction de l'apparence, le droit impose-t-il cette règle à des modifications de l'apparence qui conduiraient à « copier » une apparence déjà existante ? Dans l'hypothèse d'une personne modifiant son apparence corporelle pour ressembler à une célébrité, l'hypothèse

⁵⁷³ X. LABBEE, *Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*,. Presses Univ. Septentrion, 2012, p. 253. Disponible en ligne.

⁵⁷⁴ X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public: recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, p. 913.

⁵⁷⁵ Voir en ce qui concerne les fixateurs externes CA Aix-en-Provence, 26 janvier 2011, n° 08/15039.

⁵⁷⁶ Cour d'Appel de Douai, 31 mars 2009, n°08/01143.

⁵⁷⁷ Délibération de la Halde n° 2006-206 du 2 octobre 2006

⁵⁷⁸ Notamment, les restrictions pour motifs d'ordre public comme par exemple l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public. Voir *supra* p. 555 et s.

d'un sosie, la personne « copiée » peut-elle faire interdire les modifications de l'apparence du sosie ? Cette question a pour corollaire l'existence d'une certaine forme de droit de propriété de la personne sur son apparence ? Si certains en doctrine considèrent qu'» *Il ne fait [...] aucun doute que si une personne ne peut s'opposer à ce que son image soit caricaturée — à condition que les « lois du genre » soient respectées*⁵⁷⁹ » la jurisprudence judiciaire nous offre un éclairage intéressant concernant la copie fidèle de l'apparence d'une personne, en considérant qu'une personne peut se voir reconnaître un préjudice à cause non pas de l'existence d'un sosie, mais des agissements de ce dernier, dans la mesure où cela « crée une réelle confusion dans l'esprit du public et constitue un trouble manifestement illicite en portant une atteinte exceptionnellement grave à son image, sa voix, son nom par cette utilisation dévalorisante non autorisée »⁵⁸⁰. Dans ces conditions, indépendamment de tous agissements, une personne qui se grime en sosie ne peut être condamnée pour atteinte au droit à l'image ou pour usurpation d'identité. Ce qui implique l'absence de droit de propriété de la personne sur son apparence, tout au plus seule l'image, c'est-à-dire la captation de l'apparence et *a fortiori* son utilisation, peut faire l'objet d'un tel droit.

2. Les modifications de l'apparence autorisées par le droit

211. Modification superficielle et apparence. Même en tenue d'Ève, la personne peut modifier superficiellement son apparence que ce soit grâce à des pigments (les tatouages), des modifications (les scarifications) ou des artefacts (boucles d'oreille ou piercing). Néanmoins, ces diverses hypothèses, bien que très présentes dans les techniques archaïques d'identification⁵⁸¹, n'interfèrent que très faiblement avec l'identification biométrique. En effet, même si la qualification d'œuvres d'art est contestée par les services fiscaux, ces modifications sont avant tout des modifications esthétiques

⁵⁷⁹ B. EDELMAN, « Le Président piqué... dans sa dignité », *Dalloz*, 2009, p. 610.

⁵⁸⁰ Ordonnance de référé du TGI de Nanterre, 23 mars 2007.

⁵⁸¹ I. ABOUT, « les fondations d'un système national d'identification policière en France (1893-1914). Anthropométrie, signalements et fichiers », *genèse*, vol. 54, 2004, pp. 28–52. M. KALUSZYNSKI, « ALPHONSE BERTILLON et l'anthropométrie », in *Maintien de l'ordre et polices en France et en Europe au XIXe siècle*, Creaphis, 1987, pp. 269–285. A. BERTILLON, « L'anthropométrie présentée au premier congrès international d'anthropologie criminelle à Rome (1885) », in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, pp. 102–110. A. BERTILLON, « L'anthropométrie au quatrième congrès d'anthropologie criminelle Genève (1896) », in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, pp. 120–124.

superficielles et temporaires. Au contraire, le recours à la chirurgie esthétique ne modifie pas l'apparence temporairement, mais soit définitivement soit jusqu'à une prochaine opération.

212. Chirurgie esthétique et apparence. La chirurgie esthétique, en modifiant l'apparence de la personne, peut avoir pour conséquence d'empêcher toute identification biométrique. Pendant longtemps inconnue du législateur, la chirurgie esthétique a fait son entrée dans son œuvre par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Souvent justifiée, voire confondue avec la chirurgie réparatrice, la chirurgie esthétique est définie réglementairement comme « *des actes chirurgicaux tendant à modifier l'apparence corporelle d'une personne, à sa demande, sans visée thérapeutique ou reconstructrice* »⁵⁸². Si le droit de la chirurgie esthétique, souvent considérée comme de la médecine de convenance, est centenaire⁵⁸³, il est possible de constater que « *le domaine de la beauté et de l'esthétisme a longtemps été oublié sur le plan du droit sanitaire* »⁵⁸⁴. Pendant longtemps, les interrogations sur la chirurgie esthétique se sont cantonnées en un questionnement sur la nature médicale de l'intervention afin de justifier l'atteinte au principe d'inviolabilité du corps. Dans sa formulation initiale, héritée des lois bioéthiques de 1993, l'article 16-3 du Code civil prévoyait qu'« *Il ne pourrait être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.* » Depuis la loi du 6 août 2004⁵⁸⁵, la nécessité médicale a remplacé, en droit français⁵⁸⁶, la nécessité thérapeutique, incluant *de jure* les interventions esthétiques. D'ailleurs, les premières tentatives de réglementer ces interventions les ont considérées comme des opérations standards, nécessitant un devis⁵⁸⁷

⁵⁸² Décret n°2005-776 du 11 juillet 2005 relatif aux conditions d'autorisation des installations de chirurgie esthétique et modifiant le code de la santé publique ;

⁵⁸³ Cour d'Appel de Paris, 22 janvier 1913, *Calou*.

⁵⁸⁴ C., MASCRET, « État des lieux de la réglementation française en matière d'actes à visée esthétique », *Les Petites Affiches*, vol. 73, n°9, 2012, p. 5.

⁵⁸⁵ Article 70 de la Loi 2004-800 relative à la bioéthique.

⁵⁸⁶ Au contraire de cette position, la CJUE considère que Les interventions et traitements à visée esthétique ne constituent des actes médicaux que s'ils ont un but thérapeutique. CJUE, 21 mars 2013, aff. C 91/12, *Skatteverket contre PFC Clinic AB*.

⁵⁸⁷ CE., 27 avril 1998, *Gaz. Pal.*, Rec. 1998, jur. p. 715, J. n°297, 24 octobre 1998, p. 69

ou l'exigence d'une installation appropriée⁵⁸⁸, sans jamais se prononcer sur la nature ou l'opportunité de ces opérations et sur la nécessité de les interdire. Dans cette perspective, le Conseil d'État, dans son traitement jurisprudentiel de la chirurgie esthétique, fait primer une règle spéciale, en considérant que l'article L. 6322-1 du code de la santé publique⁵⁸⁹ doit s'appliquer au détriment de l'article 16-3 du Code civil⁵⁹⁰. Cette préséance de la règle « technique » sur un article structurant le régime juridique corporel, risque d'accentuer « *la constante érosion que subissent les principes directeurs du droit biomédical.* »⁵⁹¹ Cependant, dans un mouvement de balancier, cette érosion est limitée par une application plus stricte de certaines règles notamment relatives au consentement. Dans cette optique, les juges du Palais royal ont tendance à considérer l'opération de chirurgie esthétique non comme une opération traditionnelle, mais comme une opération particulière nécessitant une protection accrue des patients. Concernant l'obligation d'information, le Conseil d'État a considéré qu'« *en matière de chirurgie esthétique le praticien est tenu d'une obligation d'information particulièrement étendue à l'égard de son client* »⁵⁹² et il est remarquable que le juge du palais royal considère le patient comme un client entérinant ainsi, une « *assimilation entre le patient et le consommateur* »⁵⁹³. Toutefois, ce caractère spécial des opérations esthétiques n'est pas l'apanage des

⁵⁸⁸ Article L. 6322-1 inséré dans le code de santé publique par la loi du 4 mars 2002.

⁵⁸⁹ « *Une intervention de chirurgie esthétique, y compris dans les établissements de santé mentionnés au livre Ier, ne peut être pratiquée que dans des installations satisfaisant à des conditions techniques de fonctionnement. Celles-ci font l'objet d'une certification dans les conditions prévues à l'article L. 6113-3. La création de ces installations est soumise à l'autorisation de l'autorité administrative territorialement compétente. L'autorisation, qui entraîne la possibilité de fonctionner, est accordée pour une durée limitée renouvelable. Elle est subordonnée au résultat d'une visite de conformité sollicitée par la personne autorisée et menée par l'autorité administrative compétente. Elle est réputée caduque si l'installation n'a pas commencé à fonctionner dans un délai de trois ans. De même, sauf accord préalable de l'autorité administrative sur demande justifiée du titulaire de l'autorisation, l'arrêt du fonctionnement de l'installation pendant une durée supérieure à six mois entraîne la caducité de l'autorisation. La caducité est constatée par l'autorité administrative compétente. L'autorisation est retirée si une publicité directe ou indirecte sous quelque forme que ce soit est effectuée en faveur de l'établissement titulaire de ladite autorisation. L'autorisation peut être suspendue totalement ou partiellement, ou peut être retirée par l'autorité administrative compétente pour les motifs et dans les conditions prévues à l'article L. 6122-13. Toutefois, l'avis de la commission spécialisée de la conférence régionale de la santé et de l'autonomie compétente pour le secteur sanitaire n'est pas exigé. L'activité, objet de l'autorisation, n'entre pas dans le champ des prestations couvertes par l'assurance maladie au sens de l'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale* ».

⁵⁹⁰ CE, 21 mars 2007, *Association française des médecins esthéticiens*.

⁵⁹¹ J.-C. GALLOUX, & H. GAUMONT-PRAT, « Droit et libertés corporels », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1435.

⁵⁹² CE, 15 mars 1996, n° 136692.

⁵⁹³ C. CORMIER, « La chirurgie esthétique », *RDSS*, 2002, p. 724.

juridictions administratives ; en effet, la Cour d'appel de Paris a considéré que concernant l'opportunité de pratiquer une opération esthétique, le chirurgien esthétique méconnaissait son obligation de conseil quand il pratiquait une opération contre l'avis de ses confrères⁵⁹⁴. Cette position implique une subordination de la médecine esthétique aux questions thérapeutiques. Cependant, ce régime juridique dérogatoire n'a jamais conduit ni le législateur ni le juge à remettre en cause la licéité de ces opérations. Certes, le principe de consentement au traitement médical comme composante de la liberté personnelle⁵⁹⁵, ne semble pas impliquer au premier abord la possibilité pour le patient de choisir n'importe quelle opération ou traitement. Il ne s'agit pas d'un droit à une prestation, mais d'une liberté négative c'est-à-dire qu'elle ne permet que de refuser une opération et non d'en exiger une. Dès lors, il faut chercher ailleurs le fondement de la légalité de la chirurgie esthétique, interrogation centrale pour la biométrie, eu égard aux conséquences que ces opérations peuvent avoir pour l'identification. En ce sens, ces opérations peuvent avoir pour conséquences indues ou voulues de modifier la mesure corporelle servant de base à la biométrie, soit pour copier une mesure préexistante soit pour en créer une nouvelle. La première hypothèse, implique un accroissement du taux de faux positif puisque deux personnes disposent alors de la même mesure. La seconde hypothèse conduit à mettre en échec les systèmes biométriques puisque la mesure précédemment enregistrée ne correspond plus à la nouvelle mesure, alors qu'il s'agit de la même personne. D'ailleurs, juridiquement, la question de l'existence de telles opérations se pose avec acuité puisque conformément à leur définition ces opérations sont prises sans bénéfices thérapeutiques tout en faisant prendre des risques aux patients⁵⁹⁶.

213. Apparence et chirurgie esthétique. Si « *la beauté, à tout le moins la « non-différence » est un critère subjectif* »⁵⁹⁷, cette dernière est l'élément moteur du recours à la chirurgie esthétique. Cette recherche de modification de l'apparence est spécifique dans

⁵⁹⁴ Cour d'appel de Paris 1re ch. B 14 septembre 1990 — D. 1991. 359 — 21 novembre 1991

⁵⁹⁵ Cons. Const, 26 novembre 2010, décision 2010-71 QPC, *Mlle Danielle S.*

⁵⁹⁶ Dans cette perspective, les juridictions des ordres administratif et judiciaire n'ont pas hésité à agrandir le champ d'application de l'obligation d'information du médecin « *aux risques normalement prévisibles mais aussi aux risques exceptionnels* » (Cass. civ., 22 septembre 1981, Bull. civ. I, n°268; D. 1982, I.R., p. 274, note J. PENNEAU ; *Gaz. Pal.*, Rec. 1982, panor. cass. p. 70 et C.E., 15 mars 1996, *Mlle Durand C., CHU de Nîmes*)

⁵⁹⁷ C. BERNFELD, & F. BIBAL, « *Pretium Pulchritudinis: de la disgrâce du dommage à l'inesthétique du préjudice* », *Gazette du Palais*, vol. 173, 2013, p. 5.

la mesure où elle n'entretient aucun lien avec la nécessité thérapeutique au sens large. Pour prendre un exemple connexe, l'opération bien plus complexe de réassignation sexuelle des transsexuels nécessite pour être autorisée l'établissement d'un diagnostic portant sur le syndrome de Benjamin, la modification du corps n'est qu'un traitement médical qui fait suite à un diagnostic préalable. Dans le cadre plus général de la chirurgie esthétique, le triptyque diagnostique – pathologie-traitement est inexistant puisque la raison médicale s'efface devant la volonté du patient. Dans cette perspective, les seules règles encadrant les opérations de chirurgie esthétique portent sur leurs éléments matériels d'exécution (hygiène, formation du personnel) sans s'intéresser à l'opportunité de l'opération. Cette liberté conduit à une multiplication des types d'opérations avec comme seule limite la volonté du patient. Néanmoins, indépendamment de leur grande diversité, ces opérations ont en commun de conduire à un changement volontaire de l'apparence et donc de l'apparence corporelle. Face à ces pratiques, si les grands principes du droit médical perdurent, découplés de tout lien avec la réparation du pathologique, seule l'imagination du patient semble être une limite à la chirurgie. Et au nom de la performance, un artiste « *peut revendiquer le droit de faire de son corps une œuvre d'art* »⁵⁹⁸. À titre d'illustration, l'artiste Orlan, à l'avant-garde du *body art*, s'est ainsi fait implanter des éléments de silicone dans le front modifiant son apparence de façon permanente jusqu'à une prochaine opération. Et les conséquences de ces modifications sur l'identification biométrique sont importantes. Car, elles impliquent une augmentation du nombre de cas ne pouvant donner lieu à enrôlement puisque ne rentrant pas dans les mesures « normales » du corps. Ainsi, les migrants qui à Calais se brûlent les empreintes digitales avec de l'acide pour empêcher la comparaison ou l'enregistrement avec les systèmes d'information Schengen ou le Système d'Information Visas, modifient leurs apparences afin de déjouer les systèmes biométriques⁵⁹⁹.

214. Apparence et tatouage. Cependant cette absence de restriction ne vaut que pour les opérations faites par des professionnels de santé et majoritairement des médecins. En effet, concernant les modifications « superficielles » (tatouage, scarification, piercing), le droit en réglementant l'installation encadre *ipso facto* les possibilités de modification

⁵⁹⁸ B. EDELMAN, « Entre le corps - objet profane - et le cadavre - objet sacré », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 2754.

⁵⁹⁹ Voir *supra*. p.478.

du corps. Cependant, le principe de libre détermination de l'apparence existe toujours dans la mesure où, quelle que soit la modification envisagée, les limitations d'ordre sanitaire ne portent que sur les modalités d'exécution par un tiers. Certes, la réalisation par la personne elle-même n'est encadrée pour les civils que dans la mesure où, elle constituerait une mutilation. Si elles ne sont pas considérées comme des infractions, car « *elles ne nuisent qu'à leurs auteurs* »⁶⁰⁰, elles sont considérées comme des symptômes de pathologies mentales pouvant conduire à une autre forme d'enfermement : l'internement psychiatrique. En revanche, concernant les militaires, l'automutilation est expressément interdite en ce qu'elle rend « *volontairement impropre au service, soit d'une manière temporaire, soit d'une manière permanente* »⁶⁰¹.

215. Ainsi, de façon constante pour trouver des limites à ce principe de libre détermination de l'apparence corporelle, il faut mobiliser un corpus spécial et dérogoire au droit commun : le droit applicable aux militaires. Et, si le droit spécial précise systématiquement l'existence d'une disposition, il est logique de considérer dans une application contraire de l'adage *Specialia generalibus derogant* que le droit commun prévoit un principe inverse. Appliqué à l'apparence, ce raisonnement nous amène à considérer qu'il existe bien en droit un principe de libre détermination de l'apparence corporelle. Bien que ce dernier soit implicite.

216. Ainsi, il est possible de mettre en exergue l'existence d'un principe de libre détermination de l'apparence. Logiquement ce principe pose problème pour la biométrie puisqu'il implique la possibilité de modifier à volonté l'apparence et ce constat peut rendre toute tentative caduque de recherche de l'identité en tant que recherche de l'identique puisque, l'élément corporel ayant été modifié, la comparaison ne peut conclure à une équivalence. Dans cette perspective, nous pouvons nous ranger derrière certains auteurs qui considèrent qu'aujourd'hui « *Le corps dont s'occupent les techniques biométriques est un corps paradoxal puisqu'il est tout à la fois objectif (réductible à des paramètres informatiques) et naturel (inaltérable)* ». ⁶⁰² Au-delà de ce paradoxe, cette idée selon laquelle la biométrie cherche un corps inaltérable implique que nous pouvons prophétiser à terme une disparition des systèmes biométriques basés sur

⁶⁰⁰ E. DREYER, « la dignité opposée à la personne », *Recueil Dalloz*, n°. 7, 2008, p. 2730.

⁶⁰¹ Article 321-22 du code de justice militaire.

⁶⁰² M. FOESSEL & A. GARAPON, « Biométrie les nouvelles formes de l'identité », *Esprit*, août-septembre 2006, pp. 165-167.

l'apparence au profit de ceux basés sur la structure corporelle notamment du fait du régime juridique de l'apparence. Ou à minima une mutation du régime juridique attendant à l'apparence afin de garantir une identification de la personne. Dans la première hypothèse, les systèmes basés sur l'apparence à savoir notamment les empreintes digitales et la reconnaissance faciale devrait être supplantés par des systèmes utilisant des données inaltérables comme les empreintes génétiques ou le contour de la main. Puisque seules les techniques basées sur l'*idem* échappe à la modification volontaire de son apparence par la personne. Dans la seconde hypothèse, le régime juridique de l'apparence, malgré l'existence du principe de libre détermination doit se montrer plus restrictif concernant cette dernière afin de favoriser l'identification de la personne. Dans cette perspective, si la détermination de l'apparence est libre pour la personne, il lui est tout de même prohibé de masquer intégralement son apparence.

B. L'interdiction de masquer son apparence

Cinquième des dix commandements selon l'Ancien Testament⁶⁰³, la prohibition de la nudité, connue en droit positif comme exhibition sexuelle⁶⁰⁴, connaît depuis quelques années une interdiction opposée et en miroir : l'interdiction de masquer totalement son apparence. Néanmoins, si cette interdiction a connu une construction progressive (1), elle ne prend tout son sens qu'en parallèle au développement de la vidéosurveillance (2).

1. La lente construction d'un principe

217. Le mot « personne », venant du latin « persona » qui était le masque porté par les acteurs au théâtre, les liens entre la personne et son masque sont avant tout étymologiques. Cependant, si ce lien s'est exprimé dans l'histoire de la philosophie par la médiation du « visage », il faut constater qu'il existe un principe dans un premier

⁶⁰³ Ancien Testament, Lévitique 18.8

⁶⁰⁴ Article 222-32 du code pénal » *L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* »

temps éthique : l'interdiction de masquer son visage. En effet, si l'étiquette conseille de se découvrir la tête à l'intérieur d'un bâtiment et qu'une fête populaire autorise un jour par an – carnaval — les personnes à se masquer, c'est qu'il existe *a minima* une règle de politesse qui interdit de se masquer le visage. Tellement évidente que jamais transcrite dans les textes avant 2009⁶⁰⁵, cette interdiction de se masquer le visage se voit aujourd'hui renforcée, comme valeur républicaine, mais avec, en toile de fond, la nécessité de rendre efficace les systèmes de vidéoprotection qui sont liés à des procédés de reconnaissance faciale : des systèmes biométriques.

218. Un principe républicain. « *Si la république se vit à visage découvert* »⁶⁰⁶, la concrétisation juridique de cette idée est contemporaine. Concernant l'obligation de présenter une photographie d'identité avec un visage découvert afin d'obtenir la délivrance d'un document administratif, tant les juges nationaux⁶⁰⁷ qu'euro péens⁶⁰⁸, considèrent que cette obligation ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de religion, seul droit fondamental mobilisé. Dans ces jurisprudences, malgré l'existence d'une « tolérance »⁶⁰⁹ antérieure, l'obligation de dénuder son visage ne vaut alors que lors d'une demande d'autorisation. Néanmoins cette dernière va connaître une extension de son champ d'application. Certes, dès le 19 juin 2009, le décret relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique⁶¹⁰ imposa l'interdiction pour une personne « *de dissimuler volontairement son visage afin*

⁶⁰⁵ Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique

⁶⁰⁶ Circulaire du Premier Ministre Relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO 3 mars, p. 4128. A.-M. LEROYER, « Voile ; Note sous Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi numéro 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, Journal officiel du 3 mars 2011, page 4128 », *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ)*, vol. 2, 2011, pp. 399 – 402. F. DIEU, « Dissimulation du visage : la confirmation d'une interdiction de large portée. A propos des circulaires du 2 mars 2011 et du 31 mars 2011 », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, vol. 15, 2011, pp. 33 – 38. A. ASTAIX, « Dissimulation du visage dans l'espace public : une circulaire et des précisions », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 10, 2011, pp. 678 – 678.

⁶⁰⁷ CE 27 juill. 2001, *Fonds de défense des musulmans en justice*, n° 216903, Lebon 400 ; CE 24 oct. 2003, *Mme Benchemackh*, n° 250084, AJDA 2004. 108. CE, 6 mars 2006, *Association united sikhs*, n° 289947.

⁶⁰⁸ CEDH 19 sept. 2006, *Araç c/ Turquie*, n° 9907/02 ; CEDH 13 nov. 2008, *Mann Singh c/ France*, n° 24479/07.

⁶⁰⁹ CE, 15 décembre 2006, *Association united sikhs*, n° 289946

⁶¹⁰ Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique

de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public. »⁶¹¹. Cette première pierre à la prohibition pour la personne de cacher son apparence c'est-à-dire son *ipse* est encadrée tant dans le temps (circonstances faisant craindre des atteintes) que dans l'espace (aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique). Présentée par les Professeures HENNETTE-VAUCHEZ et ROMAN comme « un raidissement assez notoire de l'appréhension de la laïcité dans la société française au début du XXI siècle »⁶¹², la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public a élargi cette prohibition. En effet, cette dernière a supprimé la limitation temporelle et sous l'action du Conseil constitutionnel inversé le principe et l'exception concernant l'encadrement spatial. Désormais, le principe est l'interdiction dans « l'espace public »⁶¹³ et les exceptions portent légalement sur les manifestations « sportives, artistiques ou traditionnelles »⁶¹⁴ et jurisprudentiellement sur l'interdiction dans les « lieux de cultes ouverts au public »⁶¹⁵. Au terme de ces évolutions réglementaires et législatives, la personne se déplaçant sur la voie publique se doit d'être identifiable ; identification qui ne passe aujourd'hui que par le visage. Cette obligation, générale et absolue, a totalement évacué la traditionnelle conciliation entre l'ordre public et les libertés et droits fondamentaux et est effectuée justement au nom de la défense de ces derniers⁶¹⁶, notamment du principe de dignité⁶¹⁷, alors mobilisé comme composante de la notion d'ordre public. Néanmoins, il faut atténuer la portée de cette obligation, notamment au regard des actes d'application de la loi. En

⁶¹¹ Article R. 645-14 du code pénal.

⁶¹² HENNETTE-VAUCHEZ, S. & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz. p. 432.

⁶¹³ Article 2 de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* « l'espace public est constitué des voies publiques Ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public ».

⁶¹⁴ Article 2 alinéa 2 de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*

⁶¹⁵ Cons. Constit., Décision n° 2010-613 DC, 07 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* §5.

⁶¹⁶ O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166.

⁶¹⁷ Circulaire Relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, JO 3 mars, p. 4128.

effet, la circulaire du 2 mars 2011 prévoit que la loi n'a pas pour objet de faire cesser (par la force) la dissimulation du visage, mais simplement de sanctionner ce comportement.

219. Une concrétisation juridique. En l'espace de dix ans, l'interdiction de masquer son visage est passée d'une règle de bienséance à une interdiction juridique justifiée par la nécessité de prévenir les troubles à l'ordre public. Toutefois, si certains auteurs ont pu critiquer ce développement de l'encadrement juridique, en constatant qu'« à partir du moment où le dévoilement du visage devient le principe et la norme, « l'État policier » se substitue un peu plus à l'État de droit. »⁶¹⁸, il faut constater que si les moyens sont nouveaux, la fonction qu'ils remplissent est relativement classique. En effet, l'identification de ses citoyens notamment sur la voie publique est consubstantielle de l'État moderne⁶¹⁹ que ce soit d'un point de vue historique où l'État s'est justement construit sur l'enregistrement de ses citoyens⁶²⁰, où d'un point de vue juridique où l'identification est un élément essentiel du maintien de l'ordre public.

2. La finalité du principe : l'identification biométrique

220. L'État, pour identifier les personnes physiques, peut interdire à ces dernières de masquer leur apparence, alors même que dans une logique plus libérale il ne réglemente pas l'existence et les modifications de cette dernière. Dès lors, la détermination de l'apparence est libre, la seule limitation tenant à la prohibition de masquer cette dernière.

221. Modification de l'apparence et identification. Cependant les modifications de l'*ipse* corporelle peuvent affecter des éléments d'identification et il arrive que ce soit le seul but recherché. Supposons qu'une personne cherche à dissimuler son identité et non à usurper celle d'un tiers, c'est-à-dire à créer un nouvel enrôlement et non un faux positif. Si cet individu a recours à la chirurgie esthétique, il pourra modifier de nombreux éléments identifiants (la couleur de sa peau, la forme de son visage, la couleur de ses cheveux). Il n'en demeure pas moins que ces modifications empêcheront sa reconnaissance. Loin d'être une question purement théorique – le criminel A. Spaggiari

⁶¹⁸ R. HANICOTTE, « Visage Caché, oeil policier », *AJDA*, 2010, p. 417.

⁶¹⁹ G. NOIRIEL, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Geneses*, vol. 13, n°1, 1993, pp. 3–28.

⁶²⁰ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population: cours au Collège de France, 1977-1978*. Gallimard, 2004, p. 435.

est ainsi parti à la fin des années 1970 se faire opérer en Argentine pour échapper à toute identification — la question du traitement juridique de ces modifications reste ouverte.

222. Apparence et enrôlement des données. Juridiquement, cette question reste relativement peu traitée, d'autant qu'elle apparaît plus comme un cas théorique que comme un cas d'école. Dans cette perspective, le seul cas portant sur cette thématique reste la question de la suppression volontaire des mesures pour échapper à l'identification. Et bien que le refus d'identification soit en soi un problème distinct de la question de la modification de l'apparence, il reste la seule hypothèse nous permettant de traiter juridiquement cette dernière. Ainsi, concernant l'apparence, il semblerait que le juge administratif accepte de tirer des conséquences d'une modification corporelle volontaire qui rendrait impossible une identification. En ce sens, dans un arrêt de 2012, un juge administratif spécial a annulé les dispositions d'une circulaire du Directeur Général de l'OFPPA en « *Considérant que, ... saisi de la demande d'asile régulièrement enregistrée de Mlle Y., qui déclare être érythréenne, [il] l'a rejetée au motif que l'intéressée, qui ne produisait aucun document d'identité ou de voyage et qui avait rendu volontairement impossible l'identification de ses empreintes digitales, ne permettait pas à l'office de se prononcer sur le bien-fondé de sa demande* »⁶²¹. Ainsi, la modification volontaire de l'apparence du corps ne fait pas obstacle au traitement de la demande par d'autres moyens. L'apparence est alors considérée comme secondaire dans la détermination de l'identité de la personne physique. Quant au Conseil d'État dans une espèce quasi similaire, il a choisi une approche identique dans la mesure où il sanctionne le rejet automatique des dossiers sur le fondement de l'absence de prise d'empreinte⁶²², en considérant qu'un rejet automatique, si le requérant « *s'est volontairement soustrait au relevé de ses empreintes digitales* », fait « *obstacle à l'examen individuel des demandes d'asile* », obligation pourtant prévue par la loi⁶²³. Ainsi, dans cette affaire, le Conseil d'État ne tire aucune conséquence juridique de l'impossibilité de prélever des empreintes digitales⁶²⁴. Au contraire, concernant les autorisations provisoires de séjour, le Conseil d'État considère « *que l'étranger qui demande à bénéficier de l'asile doit justifier de son*

⁶²¹ Cour nationale du droit d'asile, Sections réunies, 21 février 2012, N° 11032252

⁶²² CE, 11 janv. 2012, *LA CIMADE*, n° 354907

⁶²³ Voir notamment les articles L 723-1et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

⁶²⁴ CE, juge des référés, 2 novembre 2009, n° 332890

identité, de manière à permettre aux autorités nationales de s'assurer notamment qu'il n'a pas formulé d'autres demandes ; qu'il résulte, en particulier, des dispositions du règlement du 11 décembre 2000 que les demandeurs d'asile âgés de plus de quatorze ans ont l'obligation d'accepter que leurs empreintes digitales soient relevées ; que, par suite, les autorités nationales ne portent pas une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile en refusant de délivrer une autorisation provisoire de séjour au demandeur qui refuse de se soumettre à cette obligation ou qui, en rendant volontairement impossible l'identification de ses empreintes, les place, de manière délibérée, par son propre comportement, dans l'incapacité d'instruire sa demande ; »⁶²⁵. Et tirant toutes les conséquences de cette jurisprudence une circulaire⁶²⁶ du Ministre de l'immigration prévoit que si l'absence de prise d'empreinte fait obstacle à la délivrance d'un nouveau titre de séjour, elle peut aussi entraîner la disparition d'un titre existant⁶²⁷.

223. Ainsi, il apparaît que le régime juridique de l'apparence corporelle évolue peu à peu, dans la mesure où ses modifications ou sa dissimulation sont aujourd'hui des questions juridiques. Au sein de ce processus, il est possible de montrer l'émergence d'un nouveau principe qui au nom de l'obligation d'être identifiable tend à limiter les possibilités de masquer son apparence. Aujourd'hui le régime juridique de l'apparence serait constitué de deux versants, une liberté quant à sa détermination et un encadrement vis-à-vis de l'identification. Ce dernier prenant la forme d'une interdiction de dissimuler les éléments de l'apparence qui servent à l'identification.

Paragraphe 2. La structure du corps : l'identité subie

Le corps tel qu'il est, non pas comme il se donne à voir, mais dans son « essence », constitue l'*idem* de l'identité corporelle. Sur cette partie de son identité corporelle, la

⁶²⁵ CE, Juge des référés, 16 mai 2011, n°49067

⁶²⁶ Circulaire du 2 avril 2010 relative à la jurisprudence du juge des référés du Conseil d'État en matière de refus d'admission au séjour au titre de l'asile

⁶²⁷ « dans le cas où vous auriez déjà délivré une convocation ou une autorisation provisoire de séjour après plusieurs tentatives de prise d'empreintes demeurées infructueuses, vous procéderez à un ultime relevé dès que le demandeur d'asile se représentera dans vos locaux. S'il s'avère que ses empreintes sont toujours inexploitable, vous lui retirerez immédiatement son autorisation provisoire de séjour ». Circulaire du 2 avril 2010, n° INT/D/05/00051/C.

personne n'a aucune maîtrise et le droit interdit toute modification, à l'exception de celle poursuivant un but thérapeutique — et plus précisément aucune modification ne pouvant constituer une amélioration, sinon, une suppression du pathologique afin d'assurer un retour au fonctionnement « *normal* » (comme précédent) du corps⁶²⁸. À la différence de l'apparence, la structure corporelle existe, mais n'est pas sensible, la personne peut penser ou respirer, mais ne peut percevoir l'activité de son cerveau ou de ses poumons⁶²⁹. Et la douleur elle-même n'est pas perception du fonctionnement du corps, mais réaction à un élément pathologique ou extérieur ; quand le corps fonctionne normalement, l'ontologie du corps est imperceptible pour la personne. Et ce qui ne se perçoit pas, ne peut se modifier, la personne ne peut commander la fonction d'un rein particulier ou quel hémisphère cérébral activer, la personne subie, donc *son idem* (1) que le droit interdit de modifier (2).

A. La structure du corps

224. Identité corporelle et idem. Composante de l'identité corporelle, l'*idem* est donc l'identité subie, inconsciente, le corps est alors considéré comme la machine biologique assurant la survie de la personne. L'*idem* est perçue comme memeté c'est-à-dire comme ce qui reste identique malgré le passage du temps. Indépendamment du découpage théorique de l'identité corporelle, le concept d'*idem* s'incarne matériellement dans certains éléments. Aujourd'hui, le concept d'*idem* prend corps tant dans les organes que dans le code génétique de la personne.

225. Structure corporelle et organes. Concernant les organes, tant la prohibition de leurs marchandisations que l'encadrement de leurs modifications impliquent que l'*idem* corporel n'est pas soumis, par principe, à la volonté de la personne. Conséquence de cette qualification, même la personne avec laquelle il est indissolublement lié ne peut ni les modifier ni s'en séparer. En effet, pour l'article 16-3 du Code civil « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne*

⁶²⁸ G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*. Presses universitaires de France, 1972, p. 224.

⁶²⁹ J.-P. CHANGEUX, et P. RICOEUR, *Ce qui nous fait penser: la nature et la règle*. Odile Jacob, 1998, p. 350. ; A. KAHN, ET Y. C. ZARKA, « Les gènes ont-ils de l'esprit ? », *Cités*, vol. 33, n°1, 09-Apr-2008, p. 173.

ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui [...] ». Dès lors, la seule modification des organes autorisée concerne celle à but thérapeutique. Ainsi, et contrairement à ce qui prévaut pour l'apparence, pour les modifications de la structure du corps la volonté est complètement niée et n'est présente que par exception. Malgré la proclamation de la seconde phrase de l'article 16-3 du Code civil⁶³⁰, elle n'est en réalité présente uniquement dans la possibilité laissée à l'individu de refuser, en l'absence d'urgence, une opération médicale⁶³¹.

226. Quant à la prohibition de la marchandisation des organes, limitant *de facto* les modifications de la structure possible, elle repose sur le principe d'extra patrimonialité du corps qui ne connaît qu'une exception : le don d'organe. Cet élément mobilise des principes juridiques similaires, indisponibilité et inviolabilité contre intérêt thérapeutique de soi-même ou d'un tiers⁶³², tout en y apportant une réponse identique : l'atteinte au principe se justifie par le but poursuivi. Et en l'absence de ce but légitime, le principe d'interdiction de toutes modifications de la structure corporelle, sous tendu par le principe d'invocabilité, prohibe toutes opérations assimilées alors à des blessures ou un homicide involontaire réprimé à l'article 221-6 du Code pénal⁶³³.

227. Structure corporelle et génétique. Comme le remarque le professeur X. LABBEE « le langage juridique et le langage du généticien sont formés des mêmes mots : on parle des « lois de l'hérédité », du « code génétique », de « l'identité », de « transmission génétique », de « banques génomiques »⁶³⁴, néanmoins cette confusion se retrouve dans le traitement juridique de l'identité. En effet, l'identité comme

⁶³⁰ « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

⁶³¹ Ce droit à refuser une opération médicale se déduit de l'obligation faite au personnel soignant de recueillir le consentement du patient avant toute opération.

⁶³² Article 16-3 du code Civil » *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »*

⁶³³ « Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. »

⁶³⁴ X. LABBEE, « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 437.

idem s'exprime dans l'identité génétique, car quoi de plus subi pour la personne que sa propre hérédité. Même le dialogue entre l'innée et l'acquis⁶³⁵ s'est aujourd'hui transformé en opposition entre génétique et culture. Et il est possible d'affirmer qu'aujourd'hui en ce qui concerne l'identification, dans ses utilisations pratiques, la structure corporelle peut être réduite pour l'essentiel à l'empreinte génétique. Certes, source de l'hérédité, code source du physique de la personne, la double hélice de l'ADN est aujourd'hui l'élément le plus stable, le plus intime et pourtant le moins soumis à la volonté du corps humain⁶³⁶. Présent partout et contenant le tout, l'ADN est juridiquement considéré comme non modifiable et inaltérable – postulat de départ du fichage des ADN. D'ailleurs, si le système français de fichage génétique prévoit des hypothèses de « fraude » dans le prélèvement, ces dernières présentes à l'article 706-56⁶³⁷ du Code de procédure pénale sont limitées au refus de prélèvement et la substitution du matériel génétique de la personne par celui d'un tiers. Ainsi, le droit positif français ne considère pas que l'ADN puisse être altéré en lui-même. Cette idée est d'ailleurs le postulat sur lequel repose le système et pourtant, *de facto* que ce soit des mutations localisées (les cancers) des individus possédant plusieurs empreintes génétiques (les individus chimères⁶³⁸) ou en cas de greffe, force est de constater que bien que statistiquement infime, il existe des

⁶³⁵ A. JACQUARD, *Moi et les autres: Initiation à la génétique*. Éditions du Seuil, 1983, p. 139.

⁶³⁶ Sous cette affirmation, se retrouve à peine masquer l'épineuse question de l'épigénétique, qui repose sur l'idée que nos expériences individuelles peuvent modifier l'empreintes génétique de la personne. Sans prendre part à ce débat, il est possible de constater que le droit en considérant l'ADN comme inaltérable durant la vie de la personne physique ne reconnaît pas ce phénomène.

⁶³⁷ « [...] II.-Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Lorsque ces faits sont commis par une personne condamnée pour crime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Nonobstant les dispositions des articles 132-2 à 132-5 du code pénal, les peines prononcées pour les délits prévus au présent article se cumulent, sans possibilité de confusion, avec celles que la personne subissait ou celles prononcées pour l'infraction ayant fait l'objet de la procédure à l'occasion de laquelle les prélèvements devaient être effectués. Le fait, pour une personne faisant l'objet d'un prélèvement, de commettre ou de tenter de commettre des manœuvres destinées à substituer à son propre matériel biologique le matériel biologique d'une tierce personne, avec ou sans son accord, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

⁶³⁸ « Un individu est qualifié de « chimère » si les cellules de son corps proviennent de deux individus différents. Un individu ayant subi une greffe est une chimère. Toutefois, le terme de « chimère » a été créé pour décrire les situations de jumeaux dizygotes (« faux jumeaux ») ou des échanges de cellules se produisant au cours de la vie intra-utérine[...] à l'extrême il peut même arriver que le chimérisme soit pas seulement le résultat d'un échange de cellules entre jumeaux, mais quasiment le résultat d'une fusion de deux embryons, ce que l'on appelle alors le « chimérisme tetragamétique ». A noter que les ADN mélangés peuvent être de sexes différents [...] » R. COQUOZ & F. TARONI, *Preuve par l'ADN: la génétique au service de la justice*, vol. 4. PPUR presses polytechniques, 2006. P. 116.

hypothèses d'altération de l'ADN qui peuvent être considérées comme autant de cas de faux positif ou négatif pour les systèmes biométriques.

228. Biométrie et structure corporelle. Concernant la biométrie, il existe un mouvement vers un renforcement de systèmes d'identification par la structure au détriment de l'identification par l'apparence, notamment du fait de la multiplication des systèmes utilisant l'iris ou les réseaux veineux de la main pour identifier la personne au détriment des éléments plus classiques (photo). Ainsi, cette évolution qualitative est essentiellement fonction des nouvelles découvertes scientifiques. Et aujourd'hui, les recherches portent davantage sur l'identification par le biais de la structure corporelle dont les variations sont juridiquement prohibées. Au-delà de cette explication juridique, il est possible de constater que cette évolution est factuellement due à une plus grande intégration de la structure par rapport à l'apparence dans le corps de la personne ; juridiquement, cette évolution tient à leur régime juridique en miroir. Comme mentionné, la libre détermination de l'apparence « s'oppose » à la stabilité dans le temps de l'identité apparence, condition nécessaire à l'identification. Au contraire, en ce qui concerne l'*Idem*, le régime juridique de ces éléments est construit autour d'un principe : la prohibition des atteintes à ce dernier à l'exception de celle justifiée pour raison médicale et dont le changement d'identité n'est qu'une conséquence de la thérapie et non son but. Cependant le droit maintient l'*idem* hors de la personne que ce soit des droits de sa personnalité ou de son patrimoine. Cette exclusion de la personne de son propre *idem* implique l'interdiction de la connaître ou d'essayer de l'améliorer.

B. L'interdiction de modifier la structure du corps

Le principe d'interdiction des modifications de la structure du corps n'est pas proclamé en tant que tel dans le droit positif. Tout au plus, il est possible de trouver des traces de ce dernier dans la prohibition de l'eugénisme, dans certains aspects du régime juridique applicable au fichage génétique ainsi qu'à l'encadrement des opérations chirurgicales. Et si certains de ces différents éléments entretiennent un rapport distendu avec la biométrie, c'est notamment le cas de la prohibition de l'eugénisme, l'étude de ces derniers ne sert qu'à prouver l'existence d'un principe irriguant l'ensemble du droit et interdisant les modifications de l'essence ou de la structure de la personne.

229. Prohibition de l'eugénisme. Fille de l'hygiénisme du début du siècle⁶³⁹, la sélection des personnes en vue de garantir une pureté raciale, le fait qu'un être humain « *soit traité comme un objet et non comme un sujet* »⁶⁴⁰, a été unanimement condamnée dans la seconde moitié du XXe siècle⁶⁴¹. Cependant, indépendamment de cette perspective raciale à tendance holiste, il existe un autre courant visant non pas l'amélioration raciale, mais à la suppression des tares individuelles⁶⁴². Luttant contre cette tendance, l'alinéa 1 de l'article 16-4⁶⁴³ du Code civil peut être interprété comme impliquant une interdiction des modifications génétiques à but eugénique individuel. Règle de droit pénal insérée dans le droit civil, la prohibition de l'eugénisme a pour conséquence qu'à l'exception de « *la prévention et du traitement des maladies génétiques* », le droit organise une interdiction absolue de modification héréditaire ou germinale du génome, variations qui sont considérées alors comme un crime contre l'espèce humaine⁶⁴⁴. Cette idée de l'eugénisme comme crime non pas contre un individu, mais contre un groupe est déjà présente en 1948, au sein de l'article 2 de la Convention des Nations Unies du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime de

⁶³⁹ A. PICHOT, *La société pure: de Darwin à Hitler*. Flammarion, 2000, p. 458.

⁶⁴⁰B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM. Economica, 2000. p. 70.

⁶⁴¹ Voir notamment au niveau européen, l'article 13 de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine « *Une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance.* »

⁶⁴² « *Eloigné de l'axe raciste, l'eugénisme s'est dirigé vers l'objectif de l'amélioration du patrimoine génétique. Différents critères ont servi pour choisir les « tares à éliminer » dont l'intelligence était l'élément principal. Identifiés par les tests de QI ou décelés par leur échec scolaire, les individus qualifiés « idiots » ou « faibles d'esprits » ont constitué les victimes privilégiées de l'eugénisme. Les handicaps les malformations physiques ont été d'autres indices pour repérer les « dysgéniques »* in Z. KIVILCIM-FORSMAN, « Eugénisme et ses diverses formes », Rev. Trimest. des droits l'homme, vol. 54, n°2, 2003, p. 518.

⁶⁴³ « *Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.* »

⁶⁴⁴ Art. 214-1 du code pénal. Voir notamment X. BIOY, « Les crimes contre l'espèce humaine », in *Bioéthique, biopolitique et biodroit* sous la direction de S. HENNETTE-VAUCHEZ, LGDJ, Coll. Droit. Et pour une critique tant des éléments ayant conditionné la création de ce crime que des conséquences de cette criminalisation : P. DESCAMPS, *Un crime contre l'espèce humaine?: enfants clonés, enfants damnés*. 2004, p. 213.

génocide. Ce dernier considérant plus généralement que le simple fait d'entraver les naissances au sein d'un groupe constitue un acte de génocide et donc lié de *jure* eugénisme et génocide. Néanmoins, la modification du génome non transmissible semble n'être interdite qu'en vertu de l'appartenance de ce dernier à « l'espèce humaine » dont l'intégrité en tant que « chose commune »⁶⁴⁵ est protégée. Ainsi, la prohibition des modifications du patrimoine génétique de sa descendance, bien que n'ayant aucun lien avec l'identification, implique en revanche une interdiction de modifier la structure personnelle de la personne.

230. Interdiction et fichage génétique. Même les dispositions relatives au Fichier national des empreintes génétiques n'interdisent que le refus de prélèvement et le fait de tenter de « substituer à son propre matériel biologique le matériel biologique d'une tierce personne »⁶⁴⁶. IL est possible de constater que seule la substitution est alors prévue et non sa simple altération⁶⁴⁷. Dès lors, l'article 16-4 du Code civil ⁶⁴⁸porterait en germe une double interdiction : les modifications génétiques germinales et les modifications non thérapeutiques du génome, c'est-à-dire n'ayant pas pour finalité un retour à l'état antérieur. Si l'analyse en terme propriétaire du génome conduit à une impasse, il est possible de réinterroger cette distinction en termes d'identité. La modification de l'ADN a pour conséquence, en changeant son essence, de modifier la structure corporelle de la personne ; dès lors au sein de notre classification, l'interdiction de l'eugénisme peut s'interpréter comme étant en lien avec l'interdiction de modifier la structure.

231. Interdiction et chirurgie. Concernant la chirurgie esthétique, la loi du 21 juillet 2009, modifie l'article L 1151-3 du Code de la santé⁶⁴⁹ publique en prévoyant la

⁶⁴⁵ X. LABBEE, « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 437.

⁶⁴⁶ Art. 706-56 du code de procédure pénale

⁶⁴⁷ *Le monde*, 20 août 2009, « Il est si facile de falsifier de l'ADN » Article non signé. D. FRUMKIN, A. WASSERSTROM, A. DAVIDSON, & A. GRAFIT, « Authentication of forensic DNA samples. », *Forensic Sci. Int. Genet.*, vol. 4, n° 2, pp. 95-103.

⁶⁴⁸ « Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».

⁶⁴⁹ « Les actes à visée esthétique dont la mise en œuvre présente un danger grave ou une suspicion de danger grave pour la santé humaine peuvent être interdits par décret après avis de la Haute Autorité de santé. Toute décision de levée de l'interdiction est prise en la même forme ».

possibilité d'interdire une opération présentant des dangers graves⁶⁵⁰. En reprenant la distinction *ipse et idem* et au vu de ce qui a été précédemment énoncé, le danger grave, pour le corps, peut être considéré comme une atteinte à la structure corporelle. Dès lors, intégralement situé dans le prisme du droit pénal, la protection de l'intégrité de l'*idem*, son exclusion de toutes subjectivités, montre que la volonté ne permet pas de justifier une opération qui porte atteinte à la structure corporelle. Dès lors, la question de l'autorisation des modifications du corps en termes d'identité est une dialectique entre l'*ipse* et l'*idem*, entre la modification structurelle et la modification de surface, entre celles qui portent atteinte à l'essence de l'homme et celles qui n'atteignent que son apparence. Concernant celles qui ne portent atteintes qu'à l'apparence la liberté est totale, alors que, par exception les opérations pouvant modifier la structure corporelle, c'est-à-dire ayant des conséquences graves sont interdites.

Dès lors, le paradoxe n'était qu'apparent et la grille d'explication des régimes juridiques de l'identité corporelle permet de le résoudre. En effet, la distinction des régimes juridiques de l'*ipse* et de l'*idem* permet de voir l'identité du corps non pas comme un élément homogène dont la biométrie se servirait, mais au contraire, comme le résultat d'une tension entre l'apparence et la structure. Le régime juridique de l'apparence étant très homogène, toutes les modifications sont possibles – sous réserve de ne pas la masquer. Au contraire concernant la structure, l'*idem*, aucune modification n'est autorisée à l'exception des interventions thérapeutiques. Dès lors, au sein de l'utilisation des systèmes biométriques, nous pouvons prédire que les systèmes se basant sur l'apparence vont disparaître au profit de ceux utilisant la structure du corps — dont le régime juridique permet de garantir, une plus grande stabilité de l'identification. D'ailleurs, au sein du droit positif cette distinction et cette évolution se retrouvent puisque le régime des autorisations uniques⁶⁵¹ est majoritairement utilisé pour des données relatives à l'apparence quand les données relatives à la structure du corps sont soumises à des autorisations législatives, la CNIL n'ayant alors qu'un rôle consultatif⁶⁵². Certes,

⁶⁵⁰ Sur la question : P. SARGOS « Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique : permanence de fond, dissonances factuelles et prospectives ». *Recueil Dalloz* 2012 p 2903.

⁶⁵¹ Article 25 II de la loi informatique et libertés » *Pour l'application du présent article, les traitements qui répondent à une même finalité, portent sur des catégories de données identiques et ont les mêmes destinataires ou catégories de destinataires peuvent être autorisés par une décision unique de la commission. Dans ce cas, le responsable de chaque traitement adresse à la commission un engagement de conformité de celui-ci à la description figurant dans l'autorisation.* »

⁶⁵² Article 26 de la loi informatique et liberté.

leurs usages de ces derniers rentrent dans le champ d'application de l'article 26 de la loi informatique et libertés puisque pour l'instant les traitements biométriques utilisant des données relatives à l'*idem* « ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté. »

232. Cependant, l'identité corporelle, qu'elle soit apparence ou structure, n'existe juridiquement qu'à travers sa formalisation dans une catégorie juridique : les données à caractère personnel.

Section 2. L'identité matérielle : la donnée à caractère personnel

233. Substance et vecteur de l'identité. Si l'identité peut s'exprimer substantiellement, il faut constater qu'elle ne peut exister sur la scène juridique uniquement par le biais de ses vecteurs. C'est-à-dire les éléments qui « *servent de support à la transmission des informations [...]* »⁶⁵³ et totalement indifférents à ces dernières. La différence entre le vecteur et l'information qu'il contient, étant similaire à la distinction classique en droit des contrats entre *instrumentum* et *negotium*.

Ainsi, si les vecteurs assurent la transcription de l'information, son régime juridique en organise la protection. En effet, ils transforment l'extrême subjectivité de l'identité en élément tangible, existant sur la scène juridique. Cette prise en compte par le droit a pour conséquence, au-delà d'une simple objectivisation de l'identité, une indifférence du droit à l'identité substantielle. En effet, par principe, le droit a vocation à fixer le cadre, dans lequel s'insère la substance de l'identité. Si le droit à l'identité est avant tout sectoriel⁶⁵⁴ et essentiellement de nature proclamatoire, sa protection est fonction principalement de la qualification juridique de ses vecteurs. Partant, l'obligation de déclaration de la naissance d'un enfant⁶⁵⁵, répondant à « *l'impérieuse nécessité de nommer toute personne* »⁶⁵⁶, peut s'analyser avant tout comme une obligation de possession d'une

⁶⁵³ Article « Vecteur », dictionnaire Larousse.

⁶⁵⁴ Ainsi, ce droit n'est jamais protégé universellement, mais limité à une catégorie spécifique de personnes. Dans cette perspective l'article 8 de la Convention des droits de l'enfant prévoit » 1. *Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.* 2. *Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.* »

⁶⁵⁵ Prévue à l'article 55 du code civil » *Les déclarations de naissance sont faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu. Lorsqu'une naissance n'a pas été déclarée dans le délai légal, l'officier de l'état civil ne peut la relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement rendu par le tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant et mention sommaire en est faite en marge à la date de la naissance. Si le lieu de la naissance est inconnu, le tribunal compétent est celui du domicile du requérant. Le nom de l'enfant est déterminé en application des règles énoncées aux articles 311-21 et 311-23. En pays étranger, les déclarations aux agents diplomatiques ou consulaires sont faites dans les quinze jours de l'accouchement. Toutefois, ce délai peut être prolongé par décret dans certaines circonscriptions consulaires.* »

identité qui s'incarne dans un état civil, l'encadrement juridique du contenu de ce dernier étant secondaire et limité uniquement par « *l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille* »⁶⁵⁷. Effectivement et les exemples sont nombreux⁶⁵⁸, ce que le droit reconnaît et encadre est paradoxalement de moins en moins la substance de l'identité et de plus en plus ses vecteurs.

234. Les vecteurs de l'identité. Juridiquement, les vecteurs juridiques de l'identité sont nombreux ou *a minima* connaissent un grand nombre d'appellations : informations nominatives, images, données à caractère personnel, données personnelles, numéro national d'identité. Appartenant à la catégorie des choses et pouvant faire l'objet de droits patrimoniaux — ces vecteurs, ne sont pas uniquement des preuves ou des éléments d'identité ; et les plus grands représentants de la doctrine civiliste considéraient qu'une théorie juridique de l'information devait s'intéresser à sa propre valeur⁶⁵⁹ qui « *exprime sa réalité juridique en tant que bien et pas seulement comme service*⁶⁶⁰ ». Dans cette perspective, les vecteurs de l'identité sont traversés par une aporie⁶⁶¹. Néanmoins,

⁶⁵⁶ C. NEIRINCK, « La personnalité juridique et le corps », in *La personnalité juridique*, Dir X. BLOY, Presse de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 61.

⁶⁵⁷ Article 57 du code civil » *Lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales. Si le juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou méconnaît le droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, il en ordonne la suppression sur les registres de l'état civil. Il attribue, le cas échéant, à l'enfant un autre prénom qu'il détermine lui-même à défaut par les parents d'un nouveau choix qui soit conforme aux intérêts susvisés. Mention de la décision est portée en marge des actes de l'état civil de l'enfant.* »

⁶⁵⁸ La subjectivation de l'état civil a alors pour corolaire une disparition progressive du régime juridique attaché à l'état civil substantiel, mouvement long et structurant du droit civil. Ainsi, concernant le choix du prénom l'encadrement très stricte de la loi du 11 germinal an XI a été temporisé par l'instruction ministérielle du 12 avril 1966 tel qu'interprétée par l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1981. Ce dernier emboîte le pas à l'Instruction ministérielle du 12 avril 1966 en décidant que « *les parents peuvent notamment choisir comme prénoms, sous la réserve générale que dans l'intérêt de l'enfant ils ne soient jugés ridicules, les noms en usage dans les différents calendriers et, alors qu'il n'existe aucune liste officielle des prénoms autorisés, il n'y a pas lieu d'exiger que le calendrier invoqué émane d'une autorité officielle* ». Ce mouvement s'accroît en 1993 avec la nouvelle formulation de l'article 57 du code civil.

⁶⁵⁹ Sur le régime juridique de cette valorisation, le Professeur J.-C., GALLOUX considère qu'il « *en va de l'information comme de toute autre chose : il n'existe ni principe immanent en autorisant une appropriation générale ni abandon aux seules contingences économiques pour en décider le caractère appropriable* » in J. C. GALLOUX, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *Dalloz*, 1994, p 234.

⁶⁶⁰ P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *Dalloz*, 1984, p. 103.

⁶⁶¹ Comment marchandiser l'identité et corolairement l'identification de la personne.

concernant les données biométriques, il faut nous détourner des questions mises en avant par la doctrine civiliste, afin de s'intéresser au classement des éléments biométriques dans les différentes catégories de vecteurs. Si les éléments biométriques sont des données à caractère personnel (Paragraphe 1), les subdivisions au sein de cette dernière catégorie, nous amènent à proposer une classification *ad hoc* des données biométriques (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La construction de la notion de données à caractère personnel

235. L'enregistrement d'information sur la personne est anthropologiquement nécessaire au développement des sociétés humaines. Certes, cette mention est due à la nécessité de prévenir le « crime » le plus grave : l'inceste⁶⁶². Et cette naissance juridique de la filiation n'a été possible qu'avec la mise en place d'un enregistrement de cette dernière. Cette captation fut dévolue dans un premier temps à l'Église puis récupérée comme compétence municipale après la révolution⁶⁶³. Et aujourd'hui, la déclaration d'état civil est considérée comme la naissance de l'identité de la personne alors même qu'historiquement sa fonction ne se trouvait pas exclusivement dans le droit civil, mais aussi dans la police. Ce lien entre enregistrement de l'identité et police irrigue l'histoire de l'identification. Il se retrouve au XIX siècle, l'enregistrement des informations sur les personnes étant un impératif de police dont sont exclus les « honnêtes gens »⁶⁶⁴. Dans cette perspective, les travaux d'ALPHONSE BERTILLON, auprès de la préfecture de police de Paris, incubateur des techniques d'identification, viseront quelques années après, à

⁶⁶² P., LEGENDRE, , *L'inestimable objet de la transmission*, Fayard. 1985, p. 408.

⁶⁶³ Voir *Supra*.

⁶⁶⁴ « *Quand, à la fin du XIXe siècle, GALTON en Angleterre commença ses recherches sur les empreintes digitales et BERTILLON en France inventa la photographie judiciaire "pour l'identification anthropométrique" (c'était le terme de l'époque), de tels procédés étaient exclusivement réservés aux criminels récidivistes. Aujourd'hui, une société se profile où on se propose d'appliquer à tous les citoyens des dispositifs qui étaient jusque-là destinés aux seuls délinquants* ». G., AGAMBEN, « Non à la biométrie », *Le monde*. 7 décembre 2005.

enregistrer des informations uniquement sur les criminels⁶⁶⁵ afin de prévenir la récidive, qui est alors la catégorie de crime qui, crainte par l'opinion publique, est un réel enjeu pour la sécurité publique. En effet, ces délinquants d'habitudes « *pourront mentir sur leur nom, se laisser pousser la moustache, prendre du poids, jamais ils ne feront varier les mesures de son squelette* »⁶⁶⁶, l'apparence s'effaçant totalement devant la structure du corps. Et c'est précisément ce qui arriva le 20 février 1883 quand ALPHONSE BERTILLON identifia, pour la première fois, Monsieur Dupont, en réalité récidiviste connu sous le nom de Martin.

236. Un encadrement juridique objectif. Ce lien consubstantiel entre la captation de l'identité et le crime peut être perçu comme expliquant la faible protection juridique accordée à l'enregistrement de l'identité des personnes, les droits de l'Homme extérieurs à ces considérations, laissent les libertés publiques s'effacer devant les nécessités de la Police. Néanmoins, « un point de rupture » est atteint dans l'opinion publique en 1921 avec le premier projet de carte d'identité des Français, qui implique que la captation de l'identité n'est plus limitée aux délinquants, mais s'étend à l'ensemble des citoyens et c'est cette utilisation « *pour les honnêtes gens, [d'] une carte d'identité établie sur le même principe que les fiches anthropométriques des malfaiteurs* »⁶⁶⁷ qui va cristalliser les premières oppositions à l'enregistrement de l'identité. Cette opposition de l'opinion publique n'est pas uniquement due à l'amalgame entre honnêtes gens et voyous, elle est aussi due pour partie à la nature des techniques utilisées. Ces moyens de mesure (mesure du crâne, ou des membres rattachés à l'anthropologie criminelle) ont une histoire et une fonction pour l'identification étatique. En effet, ils ont avant tout servi comme justification à une recherche scientifique et illusoire à visée malthusienne⁶⁶⁸ : l'établissement des caractéristiques corporelles de l'homme criminel, délinquant de

⁶⁶⁵ Voir *Supra*

⁶⁶⁶ B. FULIGNI, *Dans les archives secrètes de la police*, Folio. 2011, p. 82

⁶⁶⁷ « La carte d'identité. Les honnêtes gens seront logés à la même enseigne que les vils coquins », *La France*, 16 septembre 1921, p. 1. in P. PIAZZA, *Septembre 1921: la première "carte d'identité des français et ses enjeux*, Belin genève. p 81.

⁶⁶⁸ « *Empêcher l'union tristement féconde des alcooliques et des criminels, union qui, nous le savons, est une si large source de criminels précoces, serait l'unique moyen de faire disparaître le criminel-né, ce malheureux qui, d'après les faits que nous rapporterons, est absolument incurable* ». C. LOMBROSO, *l'homme criminel criminel-né -fou moral- épileptique étude anthropologique et médico-légale*, FÉLIX ALCA. 1887, p. 121. Disponible sur Gallica.fr.

naissance⁶⁶⁹ ou par essence⁶⁷⁰. Ainsi, le simple enregistrement des caractéristiques était déjà vécu comme stigmatisant puisque pouvant révéler une ascendance « délinquante ». Pourtant, au-delà de ce refus de l'opinion publique, concernant l'encadrement juridique de ces systèmes, il faut constater qu'aucune liberté publique n'est venue limiter l'action de la police, peut-être à cause d'une absence de droits subjectifs de la personne sur son corps et son identité vis à vis de l'ordre public.⁶⁷¹

237. L'apparition de droits subjectifs Dès lors, la question de la protection juridique de l'enregistrement de l'identité corporelle va apparaître pour se développer un demi-siècle plus tard avec le développement de l'informatique, qui permettait des traitements d'informations inaccessibles aux systèmes de classification papier — notamment celui de la préfecture de Paris. Face au risque de « chasse aux Français »⁶⁷², le projet Safari de

⁶⁶⁹ « Pour les examens sur le vivant, je résumerai, en peu de mots, ce que j'ai été obligé à exposer avec force chiffres ; et je conclurai que le délinquant a une taille plus haute, une envergure plus grande, un thorax plus ample, une chevelure plus sombre et un poids supérieur au normal et à celui des aliénés ; qu'il présente, surtout chez les voleurs et chez les récidivistes et chez les mineurs, une série de submicrocéphalies plus grande que normalement, mais plus petite que chez l'aliéné ; — que l'indice du crâne, comparé en général à l'indice ethnique, est plus exagéré en lui ; — que le délinquant offre de asymétries crâniennes et faciales, fréquentes, surtout chez les violeurs et chez les voleurs, mais plus rares que chez les fous, car s'il a sur ces derniers la supériorité des lésions traumatiques à la tête et des yeux obliques, il a, moins fréquemment, l'athérome des artères temporales, l'implantation anormale des oreilles, la rareté de la barbe, le nystagmus, l'asymétrie faciale et crânienne, la mydriase et encore plus rarement la calvitie précoce et en égales proportions le prognathisme, l'inégalité des pupilles, le nez tordu, le front fuyant ; — que plus souvent que les fous et que les hommes sains, il a une face plus longue, un plus grand développement des apophyses zygomatiques et de la mâchoire, l'œil sombre, la chevelure épaisse et noire, surtout chez les voleurs de grand chemin ; - que les bossus, très-rares chez les homicides, sont plus fréquents chez les violeurs, les faussaires et les incendiaires ; - que ces derniers et plus encore les voleurs, ont toujours une taille, un poids et une force musculaire inférieures à ceux des brigands et des homicides ; que les cheveux blonds abondent chez les violeurs, les noirs chez les voleurs, chez les meurtriers et les incendiaires ». C. LOMBROSO, *l'homme criminel criminel-né -fou moral- épileptique étude anthropologique et médico-légale*, FÉLIX ALCA. 1887, p. 200. Disponible sur Gallica.fr

⁶⁷⁰ « S'il y a violation de la loi morale, il y a nécessairement violation de la loi biologique : selon lui, une anormalité comportementale est la conséquence d'une anormalité physique. À partir de cette proposition, Lombroso essayera non sans persistance de prouver que le crime est tout simplement le résultat de stigmates physiques innés » A. LLORCA, « La criminologie, héritière paradoxale de l'école d'anthropologie criminelle », *Raisons Polit.*, 2005, p 50.

⁶⁷¹ Cependant, comme l'a démontré N. FOULQUIER la genèse et les structures du droit administratif sont irriguées des théories portant sur les droits subjectifs. Voir : N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, 2001 p. 843.

⁶⁷² P., BOUCHER, « Safari ou la chasse aux Français », *Le monde*, 21 mars 1974.

1978, interconnectant des fichiers⁶⁷³ et abolissant la distinction entre méthodes d'identification des criminels et des honnêtes gens, a mis en exergue les mutations profondes que l'informatique a apportées aux possibilités d'identification. Et dans le sillage de la loi de 1978⁶⁷⁴ relative à la protection des informations nominatives, la conciliation entre les droits fondamentaux et les impératifs de l'ordre public a évolué du fait de la mobilisation de nouveaux instruments juridiques ; notamment le développement d'une conciliation entre les impératifs de l'ordre public et les droits fondamentaux de la personne.

238. Apparues au début des années 80, les données à caractère personnel ont été définies comme « *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable* ». Toutefois, l'apparition de cette catégorie juridique n'a pas été un processus simple et linéaire, mais la résultante de tensions et de concurrences tant avec d'autres vecteurs juridiques de l'identité qu'au sein même de la notion concernant sa définition⁶⁷⁵. Dès lors, s'il résulte d'une approche historique que les données à caractère personnel se sont autonomisées par rapport à d'autres notions, notamment des informations nominatives (A) ; cette catégorie de données connaît de manière surprenante deux régimes juridiques (B).

A. Une autonomisation progressive de la notion de donnée à caractère personnel

239. Les informations nominatives, introduites en droit français par la loi informatique et libertés de 1978, regroupaient « les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent que le traitement soit effectué par une personne physique ou par une personne morale »⁶⁷⁶. Loin d'être une utilisation unique du concept, il est possible d'en

⁶⁷³ Il s'agissait d'une interconnexion entre la base de données des impôts et le numéro d'inscription INSEE, couramment appelé « numéro de sécurité sociale ».

⁶⁷⁴ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁶⁷⁵ E., DEBAETS, *Le droit à la protection des données personnelles : Recherche sur un droit fondamental*, thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, présentée le 12 décembre 2014. p. 825,

trouver des traces éparses dans l'œuvre du législateur⁶⁷⁷, sans qu'elles ne connaissent pour autant une définition différente. Cependant, cette notion est aujourd'hui dépassée par d'autres notions connexes comme celle de données à caractère personnel⁶⁷⁸, de données personnelles⁶⁷⁹ ou d'informations personnelles⁶⁸⁰, leurs qualifications n'étant pas exclusives. Et certains auteurs ont pu considérer que le système français des données à caractère personnel s'est construit par strates⁶⁸¹, il est possible de constater que cette évolution historique n'a pas été une simple succession, mais bien une accumulation. Certes, il peut arriver qu'une même information ait été considérée comme une information nominative et comme une donnée à caractère personnel en fonction de la norme juridique de référence⁶⁸². Dès lors, deux positions sont possibles pour clarifier les rapports entre données à caractère personnel et informations nominatives. Soit les expressions peuvent être considérées comme synonymes (1) soit comme autonomes (2).

1. Une confusion sémantique

240. Substitution conceptuelle. Au premier abord, considérer les données à caractère personnel et les informations nominatives comme des concepts synonymes est une position séduisante. Remplissant la fonction de vecteur de l'identité de la personne

⁶⁷⁶ Article 4 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁶⁷⁷ Notamment dans la loi n° 94-548 relative aux traitements de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*. et l'article 3 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

⁶⁷⁸ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

⁶⁷⁹ L'expression comme contraction des données à caractère personnel est systématiquement utilisée par la CNIL.

⁶⁸⁰ Ainsi, l'article 19 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées prévoit « *Les informations personnelles, y compris les données médicales ou génétiques, qui sont collectées et/ou transmises dans le cadre de la recherche d'une personne disparue ne peuvent pas être utilisées ou mises à disposition à d'autres fins que celle de la recherche de la personne disparue. Cela est sans préjudice de l'utilisation de ces informations dans des procédures pénales concernant un crime de disparition forcée et de l'exercice du droit d'obtenir réparation. 2. La collecte, le traitement, l'utilisation et la conservation d'informations personnelles, y compris les données médicales ou génétiques, ne doivent pas transgresser ou avoir pour effet de transgresser les droits de l'homme, les libertés fondamentales et la dignité de la personne humaine.* »

⁶⁸¹ A. GRUBER, « Le système français de protection des données personnelles », *Les Petites Affiches*, vol. 90, 2007, p. 4.

⁶⁸² Exemple le plus évident, le nom était jusqu'en 2004 considéré en droit interne, comme une information nominative et au niveau du conseil de l'Europe comme une donnée à caractère personnel

physique, ces éléments seraient substituables, la distinction de vocabulaire n'emportant alors aucun effet juridique. En effet, les principes qui leur sont applicables sont similaires (loyauté dans la collecte, finalité du traitement...) et les notions semblent être totalement substituables, tout au plus, les données à caractère personnel seraient l'apanage le plus moderne, la dernière expression « à la mode » pour désigner les informations nominatives. Et le droit positif connaît d'autres substitutions *ratione temporis* de vocabulaire, sans effet sur le régime juridique. Parfois même, le droit positif lui-même prévoit cette translation de vocabulaire⁶⁸³. Dès lors, par analogie la position prônant la substitution des expressions bien que logiquement insatisfaisante⁶⁸⁴ est juridiquement plausible. Cette indifférence de vocabulaire entre les informations nominatives et les données à caractère personnel peut s'expliquer par le développement de l'informatique. La numérisation du vocabulaire n'a pas pour autant remis en cause substantiellement leurs définitions. Tout au plus les données à caractère personnel correspondraient à des informations nominatives numérisées – c'est-à-dire transformées dans un format intelligible pour un système informatique. Dès lors, selon cette théorie « dite unitaire... les mêmes critères doivent être réunis pour caractériser un renseignement d'information nominatives ou de données personnelles. Dans les deux cas, il faut une information relative à une personne identifiée ou identifiable »⁶⁸⁵, la définition de l'un éclairant alors l'autre concept.

241. Rapport à l'informatique. Mais au-delà de l'identité de définition, certaines précisions de nature historique nous permettent de mettre cette position en relief. Apparue en octobre 1970 dans une loi du Länder de Hesse relative au « *traitement automatisé des informations nominatives* », l'expression d'information nominative apparaît en droit français au milieu des années 70, pour être inscrite en 1978 dans la loi. Dès lors, elle n'est que très partiellement liée au développement de l'informatique et des techniques. En tant qu'information elle est directement saisissable et compréhensible par la personne, elle

⁶⁸³ Ainsi, dans un domaine connexe alimentant la biométrie, l'article 17 de la LOPPSI II du 15 mars 2011 prévoit que « *Sous réserve des dispositions de la présente loi, dans tous les textes législatifs et réglementaires, le mot « vidéosurveillance » est remplacé par le mot « vidéoprotection ».*

⁶⁸⁴ En effet, en application du rasoir d'Ockam, deux mots ne sont jamais parfaitement synonymes et doivent donc recouper deux réalités distinctes.

⁶⁸⁵ J., EYNARD, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*. 2011, Thèse soutenue à l'université Toulouse 1, p. 179.

n'est pas une donnée, c'est-à-dire une « représentation conventionnelle d'une information sous une forme permettant d'en faire un traitement automatique »⁶⁸⁶, mais une information qui connaît deux éléments de distinction avec le concept de donnée. Concernant la différence de fonction, la donnée est constituée pour être l'objet d'un traitement, alors que l'information n'est pas insérée par nature dans un processus. En outre, le caractère nominatif, en ce qu'il entretient un rapport au nom implique aussi une certaine compréhension immédiate pour la personne physique. Néanmoins, le juge n'a pas hésité à considérer une image numérisée comme une « donnée nominative »⁶⁸⁷, catégorie *ad hoc*, chaînon manquant, entre les données à caractère personnel et les informations nominatives.

242. Le concept de donnée à caractère personnel est intimement lié au développement de l'informatique, apparu dans la convention 108 du Conseil de l'Europe et défini comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (« personne concernée ») sans autre référence à un traitement automatisé ou à la nature juridique du responsable du traitement. Cependant, depuis 1981, la catégorie des données à caractère personnel a connu de nouvelles définitions⁶⁸⁸ et un élargissement de son champ d'application. Dès lors, l'évolution de techniques est-elle sans effet sur le rapport singulier qu'entretient la catégorie des données à caractère personnel avec l'informatique et, corollairement, sur sa définition et donc sur son équivalence avec la catégorie plus ancienne des informations nominatives ?

2. Une catégorie distincte des informations nominatives

243. Influence du droit Communautaire. Au contraire de la position présentée précédemment, deux arguments peuvent être mobilisés pour dissocier les données à caractère personnel des informations nominatives. Premier argument juridique, le changement de vocabulaire dans la détermination de ces vecteurs d'identité, conséquence de la transposition de la directive 95/46 par la loi du 6 août 2004 relative à la protection

⁶⁸⁶ Artlice « Données » P. ROBERT, *Le Nouveau Petit ROBERT: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Dictionnaires Le ROBERT*, 2012.

⁶⁸⁷ TGI Paris, *privas*, 3 septembre 1997,

⁶⁸⁸ Voir en ce sens la définition de la directive 95/46 des données à caractère personnel comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable [personne concernée] ; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale »

des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, entraîne un certain nombre de conséquences juridiques, dont la plus importante est l'accroissement du champ d'application de la loi informatique et libertés . Comme résultat de la transposition d'une directive, ce changement de vocabulaire avait aussi pour objectif de rendre le droit français conforme aux exigences européennes notamment au regard de la liberté de circulation des données à caractère personnel. En ce sens, comme le constatait le rapport BRAIBANT « *« tout décalage entre les termes de deux définitions induirait un risque de contradiction entre la loi et la directive, dès lors que ces définitions délimitent le champ d'application matériel de la protection des données et que la loi ne saurait modifier l'équilibre entre protection des personnes et libre circulation des données tel qu'il est déterminé par la directive. »*⁶⁸⁹.

244. Evolution de l'informatique. Second argument, de nature empirique cette fois, les informations nominatives sont filles d'une conception datée de l'informatique au service de « *chaque citoyen* »⁶⁹⁰, dont même le vocabulaire aujourd'hui archaïque est désormais unifié — sous l'appellation informatique⁶⁹¹. En effet, lors de leur apparition internet n'existe pas, le premier tableur Visicalc est présenté durant l'année, le processeur le plus rapide est cadencé à 4.77Mhz⁶⁹², le GPS est un projet militaire ultrasecret et des sociétés présentent un format révolutionnaire de sauvegarde de données qui sera commercialisé 5 ans plus tard : le Compact Disque. Dès lors, « *La chasse aux Français* »⁶⁹³, légalisée en 1999⁶⁹⁴, ne pouvait être que très limitée et « *les traitements automatisés* » ne pouvant utiliser qu'un nombre très restreint d'informations. Et la découverte de cette « *terra incognita* », pour reprendre l'expression de J.-M. SAUVE⁶⁹⁵, a peut-être modifié les rapports entre l'informatique et les catégories juridiques. Ces dernières évoluant pour ne pas devenir désuètes. Sémantiquement la notion de traitement

⁶⁸⁹ G. BRAIBANT, *données personnelles et société de l'information Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46. 3 mars 1998*. Disponible en ligne.

⁶⁹⁰ Article 1 de la loi informatique et liberté.

⁶⁹¹ Ainsi, en 1984 le Professeur CATALA pouvait considérer que « *l'informatique et la télématique demeurent tributaires d'une technologie en constant devenir* ». in P. CATALA, « *Ebauche d'une théorie juridique de l'information* », *Dalloz*, 1984, p. 97.

⁶⁹² Aujourd'hui, un simple telephone portable est cadencé a plus d'1ghz.

⁶⁹³ P. BOUCHER, « *Safari ou la chasse au Français* ». *Le monde*. 21 mars 1974.

⁶⁹⁴ Article 107 de la loi de finance de 1999.

⁶⁹⁵ Conseil d'Etat *Rapport du Conseil d'Etat: Le numérique et les droits fondamentaux* 2014, p 5.

automatisé qui figure dans le texte de la loi de 1978, implique l'existence de traitement non automatisé. Pourtant, derrière cette évidence se cache une indication concernant l'appréhension de la catégorie de traitement puisqu'elle suppose une différence de moyen et non de nature entre les traitements.

Pourtant, ces traitements portent sur le même objet : les informations nominatives et l'existence de traitements non automatisés impliquent que les informations soient directement compréhensibles par les personnes physiques. Au contraire, dans le cas des données à caractère personnel, le passage du concept d'information à la donnée implique une perte de contrôle de l'individu, nécessitant la médiation de la technique ou du technicien pour rendre cet élément intelligible. Ainsi, en 1978, les informations enregistrées, le nom, le prénom ou l'adresse n'étaient que la transcription informatique de l'identité perçue par la personne physique. Aujourd'hui, la catégorie des données à caractère personnel recoupe majoritairement des informations inintelligibles pour la personne (Empreintes génétiques, réseaux veineux de la main, adresse IP, mouvements bancaires) et au-delà de cette caractéristique ces informations échappent à la personne physique qui n'a parfois même pas conscience de leur existence⁶⁹⁶. La perte de contrôle est alors totale puisque l'information est à la fois incompréhensible sans médiation et générée indépendamment de la volonté de la personne. À l'opposé des informations nominatives pour lesquelles la personne joue un rôle central dans leur détermination, concernant les données à caractère personnel, ces données existent indépendamment de cette dernière.

245. Absence de contrôle sur les données. D'ailleurs, l'encadrement juridique des données à caractère personnel en droit comparé, avec notamment le développement sous l'influence de la Cour de Karlsruhe⁶⁹⁷ du concept d' « autodétermination informationnelle » au niveau européen nous intéresse directement. Véritable « principe matriciel » de la protection des données⁶⁹⁸, qui vise à « *garantir en principe la capacité*

⁶⁹⁶ Voir en ce sens le développement des systèmes dit « big data » .

⁶⁹⁷ Cour Constitutionnelle, 15 décembre 1983,. Voir notamment : Y. POULLET & A. ROUVROY, « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie », in *Etat de droit et virtualité*, Thémis, 2009, pp. 159–222.

⁶⁹⁸ A cet égard, nous pouvons nous aussi constater « *le passage d'une approche négative et restrictive, où la vie privée est considérée comme un concept défensif et réducteur (données sensibles) permettant la*

de l'individu à décider de la communication et de l'utilisation de ses données à caractère personnel »⁶⁹⁹, son existence implique logiquement une perte de contrôle de l'individu sur ses données, chose difficilement envisageable pour ses informations. D'ailleurs, c'est vis-à-vis de cette perte de contrôle que le Conseil d'État a fait de « l'autodétermination informationnelle », une des propositions de son rapport 2014⁷⁰⁰. Puisqu'en l'absence de droit de propriété clairement établi de la personne sur « ses » données⁷⁰¹, la question du contrôle de ses données par la personne reste centrale pour son encadrement juridique.

246. Fonction des éléments. De plus, les fonctions attribuées aux données à caractère personnel et aux informations nominatives diffèrent fortement. Certes, alors que la loi informatique et libertés, fondement de la notion d'information personnelle, poursuit comme objectif depuis près de 40 ans d'être « au service de chaque citoyen »⁷⁰², la directive du 24 octobre 1995⁷⁰³ poursuit parallèlement un autre objectif : la libre circulation des données. D'ailleurs, comme le Remarque Laurent Cytermann, cette dernière a été prise sur le fondement de l'article 100 A du traité CE « qui permet aux institutions communautaires d'harmoniser les législations nationales ayant pour objet le fonctionnement du marché intérieur ». ⁷⁰⁴. Dès lors, le régime juridique de la notion d'informations personnelles serait davantage centré sur la protection de la personne, alors

protection des citoyens contre l'action de l'Etat et contre les atteintes à la confidentialité des données traduite par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H.), à une approche plus positive et singulièrement plus large, définie comme droit à l'» autodétermination informationnelle », par l'attribution de droits subjectifs nouveaux à l'individu (droit d'accès, ...) et la définition de limites au droit de traiter des données dans le chef tant des acteurs publics et privés (finalité légitime, proportionnalité, sécurité, ...) ». Comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, rapport sur l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de télécommunications l'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet Eléments de réflexion sur la Convention n° 108 destinés au travail futur du Comité cons. 2004

⁶⁹⁹ Conseil d'Etat, *Rapport du Conseil D'Etat : Le numérique et les droits fondamentaux* 2014, p 26.

⁷⁰⁰ Conseil d'Etat, *Rapport du Conseil D'Etat : Le numérique et les droits fondamentaux* 2014, pp. 1–446.

⁷⁰¹ P. BELLANGER., *La souveraineté numérique*, Stock, Paris 2014.

⁷⁰² Article 1 de la loi informatique et libertés » *L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle 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* ».

⁷⁰³ Ainsi, son article 1^{er} précise » *Les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel. 2. Les États membres ne peuvent restreindre ni interdire la libre circulation des données à caractère personnel entre États membres pour des raisons relatives à la protection assurée en vertu du paragraphe 1.* »

⁷⁰⁴ L. CYTERMANN, « la loi informatique et libertés est-elle dépassée ? », *RFDA*, 2015 p. 100.

que celui attaché aux données à caractère personnel poursuivrait aussi un but de nature économique.

247. Nature des éléments. En outre, comme le remarque Guy Braibant, entre 1978 et 1998 « la nature des données personnelles susceptibles d'être traitées s'est diversifiée à l'infini, englobant aussi bien la voix et l'image que les empreintes digitales ou le génome humain. La quantité d'informations recueillies sur chaque individu, le nombre de traitements dont elles sont susceptibles de faire l'objet, dépasse ce qu'il est susceptible d'appréhender. »⁷⁰⁵ Dès lors, ces données, en privant la personne physique de tout contrôle, ne peuvent être appréhendées comme des informations nominatives qui au contraire reposent « en grande partie sur l'action individuelle »⁷⁰⁶. Néanmoins, les données à caractère personnel ne sont pas de simples informations nominatives analysées informatiquement et dont l'individu a en quelque sorte perdu le contrôle, elles peuvent aussi être considérées non plus en fonction de leurs modalités de traitement, mais comme une donnée intrusive, « en ce que sa connaissance nécessite de s'immiscer au sein de l'individu »⁷⁰⁷. Ainsi, au-delà de la perte de contrôle de l'individu, c'est la nature de l'information qui a évolué, justifiant le passage à une qualification juridique différente. Les informations nominatives, ne seraient que les vecteurs des informations sur la personne physique sur la scène juridique. Elles recouperaient les informations contenues dans l'état civil et ne seraient alors que des enregistrements substantiellement identiques, mais matériellement différents de ce dernier.

248. Au contraire, les informations nominatives révèlent autre chose que l'État civil de la personne physique. Cette « autre chose » touche des éléments de la personnalité, des comportements ou touche à l'intime de l'individu. Cette grille d'analyse nous conduit à considérer les rapports entre informations nominatives et données à caractère personnel non pas comme un affrontement, mais comme une coexistence voire comme une complémentarité. En effet, ces rapports prendraient la forme de « cercles concentriques »⁷⁰⁸, avec au centre les informations nominatives et les données à caractère

⁷⁰⁵ G. BRAIBANT, *données personnelles et société de l'information*, Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46, 3 mars 1998.

⁷⁰⁶ J., EYNARD, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*. 2011, p. 178

⁷⁰⁷ J., EYNARD, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*. 2011, p. 349.

⁷⁰⁸ Voir notamment le Chapitre 2 de la thèse de J. EYNARD : J., EYNARD, *Essai sur la notion de données à caractère personnel*. 2011, p. 444.

personnel en périphérie. Ainsi, si toutes les informations nominatives sont des données à caractère personnel, cette dernière catégorie, plus large, contient des données n'appartenant pas aux informations nominatives. La catégorie des données à caractère personnel est donc une extension de sa catégorie précédente, tout en englobant cette dernière. Dès lors, la loi de 2004, indépendamment des modifications du régime n'est pas une simple substitution de vocabulaire, elle enregistre dans la loi un mouvement opéré par la CNIL à savoir une extension du régime juridique des informations nominatives aux données à caractère personnel. Dès lors, les informations nominatives ne se singularisent désormais plus, ni par un apport notionnel ni par un régime juridique. Il nous est alors possible de les considérer comme caduques et alors nous focaliser sur le seul vecteur de l'identité désormais existant en droit positif : les données à caractère personnel.

B. les données à caractère personnel: une construction bicéphale.

249. Utilisée de façon systématique, la catégorie des données à caractère personnel a connu un essor tant de son champ d'application (insoupçonnable en 1981) que du nombre de traitements les concernant⁷⁰⁹. Et si la question des rapports entre le progrès technique et l'encadrement juridique est fort ancienne, elle en demeure toujours contemporaine. En effet, l'interrogation de 1984 du Professeur Catala reste encore d'actualité ; en effet « *Comment éviter, en effet que la réponse de la Loi au défi électronique ne s'élabore dans le désordre, sous forme de réglementations mal coordonnées, minutieuses à l'excès et cependant parcellaires, attelées au progrès scientifique et comme lui sans cesse remis en question, oublieuse enfin de quelques vérités permanentes auxquelles pourraient s'attacher des règles stables* »⁷¹⁰. Cette recherche des vérités permanentes implique celle de la définition du concept. Et aujourd'hui encore cette simple interrogation de la définition des données à caractère personnel reste ouverte. En 2007, le groupement à l'échelle européenne des contrôleurs des données connu sous l'appellation G29 a essayé

⁷⁰⁹ A cet égard l'évolution du nombre de déclarations à la CNIL est un indicateur fiable qu'il faut cependant pondérer, avec les dispenses de déclaration que cette dernière peut prévoir. Ainsi, en 2012, il y a eu 8946 déclarations relatives à des systèmes de vidéosurveillance (+49,3% par rapport à 2011). Au cours de la même période, les autorisations des systèmes biométriques ont augmenté de 6,8% par rapport à 2011 pour s'établir à 795.

⁷¹⁰ P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *Dalloz*, 1984, p. 97.

de préciser cette dernière sans pour autant réussir à donner une définition synthétique et fonctionnelle⁷¹¹. Dès lors, si l'ensemble des définitions des données à caractère personnel converge vers la même notion (1), qui prévoit un régime juridique bicéphale (2), ce dernier implique de développer un nouveau classement des données biométriques (3).

1. Une conception uniformisée dans les différentes sources.

250. Une conception uniformisée des données à caractère personnel. Dès la fin des années 1970, le Conseil de l'Europe s'est intéressé aux données identifiantes utilisées dans les États. Le cadre juridique a été délimité par sa convention 108 relative à la protection des données à caractère personnel. Si les États se dotent à la même période de législations nationales, l'uniformisation des législations a été rendue nécessaire par l'apparition de flux transfrontaliers de données, dont l'Union européenne se chargera dès 1995 de faciliter la circulation⁷¹². Moins ambitieuse que la législation française de l'époque, la convention 108 se limite aux données des personnes physiques et à leur conciliation avec le « *respect des droits et des libertés fondamentales, notamment du droit à la vie privée des personnes concernées.* »⁷¹³ Néanmoins, une certaine équivalence des protections a été mise en avant par certains auteurs, la législation française ayant été jugée « compatible » avec la Convention EDH.

C'est en 1995 que l'Union européenne s'est emparée, sous l'influence de l'OCDE⁷¹⁴, de la question des données à caractère personnel à travers la directive 95/46/CE 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, qui étoffe la définition du Conseil de l'Europe. En effet, au-delà des précisions sur le caractère « identifiable »⁷¹⁵, elle précise aussi le champ d'application de ces dernières ;

⁷¹¹ Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, adopté le 20 juin 2007, p. 29.

⁷¹² Voir *Supra*.

⁷¹³ Article 1 de la Convention 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 28 janvier 1981.

⁷¹⁴ OCDE, lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux de données à caractère personnel, 23 septembre 1980.

⁷¹⁵ Art 2 de la directive « données à caractère personnel » : *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut*

à savoir « *l'identité physique, physiologique, psychique, économique culturelle ou sociale* ». En outre, la protection des données à caractère personnel est contenue depuis 2000 dans le droit primaire de l'Union européenne, la charte des droits fondamentaux reconnaissant que « *toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant* »⁷¹⁶ sans pour autant plus de précision pour la notion de données à caractère personnel.

251. Ainsi que ce soit pour le législateur, le Conseil de l'Europe ou l'Union européenne, c'est le caractère identifiable qui transforme une simple donnée, c'est-à-dire une simple « *représentation conventionnelle de l'information convenant à son traitement par ordinateur* »⁷¹⁷, en donnée à caractère personnel. Dès lors, la définition d'une donnée à caractère personnel est liée à son rattachement à une personne physique, il n'existe donc pas par nature une donnée à caractère personnel, elle le devient dans ses différentes définitions, du fait de son lien avec une personne physique — lien circonstancié par d'autres données. Certes, comme le remarque l'article deux de la loi informatique et libertés « *Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne* ». C'est donc au regard de l'ensemble des informations détenues par le responsable du traitement qu'une donnée peut être qualifiée de donnée à caractère personnel. Pour être identifiante une donnée doit être contextualisée avec d'autres données. Dès lors, il n'existe pas de données identifiantes par essence, tout au plus des données qui permettent de dessiner une identité. Dans cette perspective, le caractère identifiable de la personne ne peut être considéré comme une qualité propre aux données, mais comme une utilisation spécifique des données. Ainsi et l'exemple et volontairement extrême, les techniques modernes d'analyse des peintures en permettant d'identifier avec précision l'auteur d'une toile, permettent de considérer ces dernières non plus comme des œuvres d'art, mais potentiellement comme des données à caractère personnel révélant l'identité de la personne.

être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale; »

⁷¹⁶ Article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁷¹⁷ Article « donnée » in *Grand Larousse illustré*. 2014

2. L'existence de données à caractère personnel soumise à un régime juridique dérogatoire

252. Néanmoins, si les trois notions, du législateur, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne semblent être équivalentes, il faut constater qu'elles prévoient toutes un régime dérogatoire pour des « *catégories particulières de données* »⁷¹⁸, ou des « *dispositions propres à certaines catégories de donnée* »⁷¹⁹. Cette catégorie spéciale recoupe en droit français, qui assure là une simple transposition du droit européen, les données « *qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci.* »⁷²⁰ Toutefois, la convention prise sous l'égide du Conseil de l'Europe prévoit que cette catégorie recoupe aussi « *les données à caractère personnel concernant des condamnations pénales.* » Par convention, nous qualifierons d'« applicable aux données sensibles » ce régime dérogatoire.

Par principe, ces données spéciales sont soumises à un encadrement juridique dérogatoire, se fondant essentiellement sur un principe : l'interdiction de leur enregistrement atténuée par un grand nombre d'exceptions tenant soit à la nature du traitement des données⁷²¹ soit

⁷¹⁸ Section III directive. Ou article 6 de la convention 108

⁷¹⁹ Article 8 de la loi informatique et liberté.

⁷²⁰ Article 8 de la loi informatique et liberté, les dispositions de la Convention ou de la directive reprenant le même champ d'application

⁷²¹ Article 8 – 2 de la loi informatique et libertés » II. - Dans la mesure où la finalité du traitement l'exige pour certaines catégories de données, ne sont pas soumis à l'interdiction prévue au I : 1° Les traitements pour lesquels la personne concernée a donné son consentement exprès, sauf dans le cas où la loi prévoit que l'interdiction visée au I ne peut être levée par le consentement de la personne concernée ; 2° Les traitements nécessaires à la sauvegarde de la vie humaine, mais auxquels la personne concernée ne peut donner son consentement par suite d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité matérielle ; 3° Les traitements mis en œuvre par une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical : - pour les seules données mentionnées au I correspondant à l'objet de ladite association ou dudit organisme ; - sous réserve qu'ils ne concernent que les membres de cette association ou de cet organisme et, le cas échéant, les personnes qui entretiennent avec celui-ci des contacts réguliers dans le cadre de son activité ; - et qu'ils ne portent que sur des données non communiquées à des tiers, à moins que les personnes concernées n'y consentent expressément ; 4° Les traitements portant sur des données à caractère personnel rendues publiques par la personne concernée ; 5° Les traitements nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ; 6° Les

aux procédés d'anonymisation⁷²² mis en place. Cependant, si la biométrie est considérée comme un traitement particulier de données, la nature des données biométriques et la qualification de ces dernières entre données à caractère personnel et celles à caractère personnel spécial restent ouvertes. En effet, il serait tentant dans une approche purement syntaxique de considérer les données biométriques comme des données de santé ou pouvant révéler la race ou la religion.

Paragraphe 2. La construction de la notion de données biométriques

253. Les données à caractère personnel et les données biométriques poursuivent, *a priori* le même but : l'identification de la personne physique ou du moins sont des données qui imputables à la personne permettent de la singulariser. Cependant, les données biométriques ne sont pas, en tant que tel, une catégorie reconnue par le droit positif, qui la considère pour l'instant comme une modalité de traitement et non comme un type de données. Dans cette perspective la question du rattachement des données biométriques aux catégories de données à caractère personnel reste ouverte. Dès lors, s'il est possible de recouper certaines données spéciales avec les données biométriques (A),

traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret professionnel prévue par l'article 226-13 du code pénal ; 7° Les traitements statistiques réalisés par l'Institut national de la statistique et des études économiques ou l'un des services statistiques ministériels dans le respect de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques, après avis du Conseil national de l'information statistique et dans les conditions prévues à l'article 25 de la présente loi ; 8° Les traitements nécessaires à la recherche dans le domaine de la santé selon les modalités prévues au chapitre IX. »

⁷²² Article 8-3 de la loi informatique et libertés » *Si les données à caractère personnel visées au I sont appelées à faire l'objet à bref délai d'un procédé d'anonymisation préalablement reconnu conforme aux dispositions de la présente loi par la Commission nationale de l'informatique et des libertés, celle-ci peut autoriser, compte tenu de leur finalité, certaines catégories de traitements selon les modalités prévues à l'article 25. Les dispositions des chapitres IX et X ne sont pas applicables. »*

il faut constater qu'un effort de systématisation est nécessaire afin de clarifier les rapports entre le concept de données biométriques et le droit positif (B).

A. Un rattachement difficile aux catégories existantes

Afin de circonscrire notre champ d'étude, nous nous intéresserons aux données contenant des informations corporelles encadrées par le droit positif afin d'essayer de rattacher les données biométriques à ces dernières. Première constatation, les données relatives au corps – à l'exception de l'image – sont juridiquement considérées comme des données sensibles. Ces dernières s'intéressant soit à la santé (1) soit au fichage ethnique (2).

1. Données biométriques et données de santé

254. Distinction des données médicales. Avec l'apparition de la biopolitique⁷²³, la médecine a quitté le « colloque singulier », pour devenir une source d'enjeux pour l'État, qui voit ses prérogatives s'accroître d'un nouveau concept : la santé publique. Cette extension des pouvoirs de l'État a dédoublé la fonction des données médicales. Historiquement limitées au cabinet médical, les informations sur la santé étaient conservées à visée soit thérapeutique, soit scientifique. Dans cette hypothèse, le patient et sa pathologie sont publiquement connus, qu'il s'agisse du cas du jeune JOSEPH MEISTER⁷²⁴ ou de celui d'ANNA O⁷²⁵. Cependant, le traitement des épidémies, des maladies vénériennes et d'autres problèmes de santé publique ont élargi aux institutions étatiques les récipiendaires des informations médicales. Désormais, les informations concernant les épidémies, les déclarations et vaccinations obligatoires⁷²⁶ ciblées⁷²⁷

⁷²³ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique: cours au collège de France (1978-1979)*. Gallimard, 2004, p. 355.

⁷²⁴ Le premier patient du vaccin contre la rage de Louis Pasteur.

⁷²⁵ L'une des premières patientes de Sigmund Freud.

⁷²⁶ article L. 3111-1 du code de la santé publique » *La politique de vaccination est élaborée par le ministre chargé de la santé qui fixe les conditions d'immunisation, énonce les recommandations nécessaires et rend public le calendrier des vaccinations après avis du Haut Conseil de la santé publique* ».

⁷²⁷ Voir par exemple, l'article L. 3111-2 du code de la santé publique » *Les vaccinations antidiphtérique et antitétanique par l'anatoxine sont obligatoires, sauf contre-indication médicale reconnue ; elles doivent être pratiquées simultanément. Les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui ont la charge de la tutelle des mineurs sont tenues personnellement responsables de l'exécution de cette mesure, dont la justification doit être fournie lors de l'admission dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants[...].* »

semblent entraîner une publicisation de certaines informations médicales afin de poursuivre « l'objectif de protection de la santé »⁷²⁸. Pourtant, nous pouvons apercevoir une distinction entre ces deux aspects, qui peuvent porter sur les mêmes données. Dans un premier cas, les données sont épidémiologiques, dans le second, elles sont considérées comme relatives à la santé d'une personne physique. Il est notable que cette distinction n'a pas fait l'objet d'une systématisation juridique ou doctrinale : cependant, concernant la biométrie, elle est nécessaire du fait du caractère public des données épidémiologiques, données non nominatives, mais portant sur « l'état » du corps et qui échappe au contrôle exclusif du médecin.

255. Exception au secret médical. Les données récoltées par l'État auprès des médecins sont une exception au principe du secret médical posé dès 1810 dans le Code pénal⁷²⁹ et repris dans le code de la santé publique à l'article L1110-4⁷³⁰. Toutefois, le second alinéa comporte une dérogation dans les cas prévus par la loi. C'est notamment le cas des dispositions de veille sanitaire⁷³¹ et notamment de l'article L1413-1 du code de la santé publique qui prévoit la mise en place du Comité national de santé publique, chargé de ces missions. Si l'enregistrement de ces informations peut dans certaines hypothèses être considéré comme ouvrant réparation pour atteinte à la réputation⁷³², ce type d'information a été considéré par le Conseil d'État comme des données à caractère personnel⁷³³, indépendamment des données transmises et des procédures d'anonymisation mises en place. Dès lors, ces données à caractère personnel qui se

⁷²⁸ Cons. Constit., Décision n° 2015-458 QPC, 20 mars 2015, *époux L*, Considérant 10.

⁷²⁹ Ainsi, l'article 378 du code Pénal de 1810 prévoyait » *Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, Ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis (...)* »

⁷³⁰ « *Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Excepté dans les cas de dérogation, expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé, Ainsi, qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé.* ».

⁷³¹ Loi du premier juillet 1998 relative à la veille sanitaire et au contrôle sanitaire des produits destinés à l'homme.

⁷³² Voir, notamment la position du Conseil d'Etat sur un enregistrement erroné dans le fichier des maladies vénériennes. CE, 5 juillet 1957, *Demoiselle Arthus*.

⁷³³ CE, ass. 30 juin 2000, *Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen*.

fondent sur une mesure du corps révèlent-elles pour autant l'identité de la personne physique ? La réponse est alors évidente, puisqu'elle est positive sous certaines conditions restrictives et essentiellement de nature factuelle.

256. Exception au consentement en matière médicale. Indépendamment de la simple transmission d'informations, la santé publique peut exiger soit des obligations d'information des patients⁷³⁴, soit des obligations de soin⁷³⁵ ou de dépistage⁷³⁶. L'État peut en outre mettre en place une campagne de vaccination obligatoire⁷³⁷ et le Conseil constitutionnel dans sa décision *époux L* a considéré « *qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que, toutefois, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* »⁷³⁸. Dès lors, si le Conseil constitutionnel a repris à l'identique sa position apparue en 1975⁷³⁹ sur son contrôle de l'opportunité d'une mesure législative, il n'a pas pour autant clarifié, au fond les rapports entre respect de la volonté des patients et l'existence de mesures prophylactiques. Pourtant, cette obligation et les sanctions attenantes peuvent dans certaines hypothèses théoriques conduire à l'identification des personnes physiques, le vaccin ayant alors le rôle d'un marqueur corporel. Dans ce cas précis, la population

⁷³⁴ Dépistage du HIV dans le cas des examens pré nuptial.

⁷³⁵ Cette dernière catégorie, très critiquée notamment en matière psychiatrique ou elle prend la forme des injonctions de soins.

⁷³⁶ Catégorie en perte vitesse, cette dernière a ouvert en droit de la responsabilité administrative le chemin de l'indemnisation du préjudice moral.

⁷³⁷ Sur la compatibilité de ce type de mesure avec le droit conventionnel voir Comm. EDH 10 déc. 1984, *Acmanne c/ Belgique*.

⁷³⁸ Cons. Constit., Décision n° 2015-458 QPC, 20 mars 2015, *époux L*, Considérant 10

⁷³⁹ « *Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* » Cons. Constit., Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Considérant 1.

peut être ciblée, alors même que la vaccination, mesure prophylactique par excellence, comporte des risques et est effectuée dans l'intérêt du plus grand nombre. Cependant dans le cadre de ces mesures, s'il est possible d'établir une forte probabilité entre une personne et un traitement, cette probabilité est trop faible pour constituer une information discriminante susceptible de donner lieu à une identification. Par exemple concernant les vaccinations, si aujourd'hui la vaccination contre le BCG n'est obligatoire que dans certains cas précis⁷⁴⁰, l'existence de cette dernière ne permet pas d'identifier l'individu, mais un groupe « social ». Ainsi, la présence de ce vaccin implique que la personne rentre dans une des catégories.

257. Données non identifiantes. Dès lors, les données de santé épidémiologiques ne sont pas des données biométriques puisque si elles sont publiques et elles ne sont pas identifiantes ou du moins faiblement discriminantes. En ce sens, si elles permettent d'isoler un groupe, elles ne permettent guère d'identifier une personne. Au contraire, dans le cas des données médicales personnelles, si elles sont beaucoup plus identifiantes, elles connaissent en contrepartie un accès plus limité.

258. Données médicales et identification. La catégorie générique de données médicales, recoupe une grande diversité d'information, des moins discriminantes (maladies bénignes) aux plus identifiantes (radiographie notamment dentaire, cicatrices...). Dès lors, toute systématisation est vouée à l'échec. Tout au plus pouvons-nous faire une distinction entre les données dont la captation a pour finalité l'identification et celles dont l'identification n'est qu'un effet induit. Et au sein des données dont l'identification est la finalité de la captation, distinguer celle dont l'identification porte sur la pathologie (l'immense majorité) de celles dont l'identification porte sur l'individu. Ce reliquat de données médicales, concerne essentiellement la question des donneurs compatibles dans le cadre des greffes d'organes et l'utilisation d'éléments, notamment

⁷⁴⁰ L'article R3112-1 du code de la santé publique prévoit » *Sont soumis à la vaccination obligatoire par le vaccin antituberculeux BCG : A.-Les enfants de moins de six ans accueillis : 1° Dans les établissements, services et centres mentionnés à l'article L. 2324-1 ; 2° Dans les écoles maternelles ; 3° Chez les assistantes maternelles ; 4° Dans les pouponnières et maisons d'enfants à caractère sanitaire relevant de l'article L. 2321-1 ; 5° Dans les établissements mentionnés aux 1°, 2° et 3° de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles. B.-Les enfants de plus de six ans, les adolescents et les jeunes adultes qui fréquentent : 1° Les établissements d'enseignement du premier et du second degré ; 2° Les établissements mentionnés aux 1°, 2°, 3° et 4° de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles. C.-Les étudiants en médecine, en chirurgie dentaire et en pharmacie Ainsi que les étudiants sages-femmes et les personnes qui sont inscrites dans les écoles et établissements préparant aux professions de caractère sanitaire ou social énumérées ci-après... »*

les radios dentaires dans le cadre des enquêtes de police. Dès lors, à l'exception de l'identification d'une maladie orpheline particulièrement rare, qui aurait pour conséquence d'identifier son porteur, on ne peut que constater que l'identification de la pathologie qui est au centre de la donnée de santé n'entretient qu'un rapport très distendu avec l'identification de la personne. Seule l'hypothèse assez singulière d'une identification de la personne (données biométriques) et de son état de santé (donnée de santé) par le biais de ses données corporelles pourrait entraîner une confusion entre les données de santé et les données biométriques sous réserve de déterminer précisément ses dernières.

2. Données biométriques et dévoilement de la race

259. Apparition du concept de race. Apparu dans une perspective biologique nouvelle au XVIII^e siècle, le concept de race était synonyme de supériorité de l'homme blanc⁷⁴¹ dont l'esprit primitif était, pour certains membres de la doctrine juridique, altéré par l'immigration et les invasions⁷⁴². Avec les découvertes des lois de l'hérédité, la question de l'amélioration de la race devient centrale pour les scientifiques⁷⁴³ avec le développement des thèses et des sociétés eugénistes, qui seront discréditées scientifiquement, puis juridiquement⁷⁴⁴ quelques années plus tard. Après la découverte des gènes, la question de l'amélioration est dépassée par celle de la protection de la « race pure », avec comme conséquence funeste l'extermination des races considérées comme inférieures. Après la Seconde Guerre mondiale, les concepts de race et de racisme ont fusionné dans une sorte de « refoulement collectif »⁷⁴⁵, comme le remarque André Pichot « *Avant la [seconde] guerre [mondiale], la biologie était censée cautionner le racisme ; après la guerre c'est la même biologie que l'on appelait pour cautionner l'antiracisme. Dans un cas comme dans l'autre elle n'avait rien à dire sur le sujet* »⁷⁴⁶.

⁷⁴¹ S.-J. GOULD, *La mal-mesure de l'homme*. O. Jacob, 1997, p. 468.

⁷⁴² « *L'esprit primitif de la race, les déviations que lui ont imprimées les immigrations et les invasions* » in A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Cotillon, 1861, p. 12.

⁷⁴³ A. CARREL, *L'homme, cet inconnu*. Plon, 1935, p. 400.

⁷⁴⁴ UNESCO, Déclaration sur la race et les préjugés raciaux, 27 novembre 1978.

⁷⁴⁵ A. PICHOT, *La société pure: de Darwin à Hitler*. Flammarion, 2000, p. 12.

⁷⁴⁶ *Idem* p. 430

Dans cette perspective, la déclaration sur la race et les préjugés raciaux du 27 novembre 1978 prise sous l'égide de l'UNESCO supprime la notion de race⁷⁴⁷ et considère les théories racistes comme « *sans fondement scientifique et contraire aux principes moraux et éthiques de l'humanité.* »⁷⁴⁸. Aujourd'hui, la question de la définition des races est une question ouverte, mais sans conséquence ; quant à leurs existences connaît une réponse désormais sans ambiguïté « *les races humaines n'existent pas et la race est un construit social utilisé à des fins discriminatoires* »⁷⁴⁹.

260. Utilisation juridique du concept de race. Néanmoins, si le concept de race ne recoupe aucune réalité tangible, il fait pourtant l'objet d'une utilisation en droit positif, soit pour servir de fondement à la criminalisation d'un comportement⁷⁵⁰, soit pour prohiber toutes utilisations du concept. Dans cette dernière perspective, l'article 1 de la Constitution de 1958 considère que l'égalité devant la loi vaut « *sans distinction de race* » et si cette mention provoque des discussions sur son éventuelle suppression, il faut constater que d'autres mots renvoient en partie au concept de race⁷⁵¹ notamment « *ethnie* », utilisée par le législateur⁷⁵² et considérée par le Conseil constitutionnel comme synonyme de race⁷⁵³. Aujourd'hui, ce principe d'indifférence est

⁷⁴⁷ Article 1 « 1. Tous les êtres humains appartiennent à la même espèce et proviennent de la même souche. Ils naissent égaux en dignité et en droits et font tous partie intégrante de l'humanité. 2. Tous les individus et tous les groupes ont le droit d'être différents, de se concevoir et d'être perçus comme tels. Toutefois, la diversité des formes de vie et le droit à la différence ne peuvent en aucun cas servir de prétexte aux préjugés raciaux; ils ne peuvent légitimer ni en droit ni en fait quelque pratique discriminatoire que ce soit, ni fonder la politique de l'apartheid qui constitue la forme extrême du racisme. 3. L'identité d'origine n'affecte en rien la faculté pour les êtres humains de vivre différemment, ni les différences fondées sur la diversité des cultures du milieu et de l'histoire, ni le droit de maintenir l'identité culturelle. 4. Tous les peuples du monde sont dotés des mêmes facultés leur permettant d'atteindre la plénitude de développement intellectuel, technique, social, économique, culturel et politique. 5. Les différences entre les réalisations des différents peuples s'expliquent entièrement par des facteurs géographiques, historiques, politiques, économiques, sociaux et culturels. Ces différences ne peuvent en aucun cas servir de prétexte à un quelconque classement hiérarchisé des nations et des peuples. »

⁷⁴⁸ Article 2 de la Déclaration sur la race et les préjugés raciaux, 27 novembre 1978.

⁷⁴⁹ Article Race de P. Pharo in M. MARZANO, *Dictionnaire du Corps*, Presse Uni. 2007, p. 799.

⁷⁵⁰ A titre d'illustration, l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse crée le délit d'incitation à la haine raciale.

⁷⁵¹ « *Aujourd'hui chez les généticiens il s'agit moins de rejeter la catégorie taxinomique de race que de changer son nom « groupe ethnique » ou population étant préféré à race dont le passé est un peu chargé* ». A. PICHOT, *La société pure: de Darwin à Hitler*. Flammarion, 2000, p. 433

⁷⁵² Voir notamment l'article 63 de la loi 2007 relative à la maîtrise de l'immigration dite Hortefeux.

⁷⁵³ Cons. Constit., n° 2007-557 du 15 novembre 2007 DC *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.. G. Carcassonne*, « Les tests ADN : Trois questions à Guy Carcassonne », Dalloz, 2007, p. 2992. F. CHALTIEL, « *Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le conseil*

en concurrence avec la juridicisation de l'appartenance à l'espèce humaine⁷⁵⁴, valable pour chaque personne physique et remplace en l'unifiant le concept de race. Cette fusion juridique des races dans la catégorie de l'espèce humaine est similaire aux catégorisations scientifiques, le droit transcrivant alors fidèlement la conception scientifique de la race et de l'espèce⁷⁵⁵.

261. Race et données personnelles. Dès lors, bien que le concept de race ne renvoie à aucune réalité, certaines données à caractère personnel peuvent en révéler l'appartenance. Face à cette aporie deux solutions sont envisageables, ou bien considérer que l'interdiction de révéler la race vaut pour l'appartenance à la race humaine, c'est-à-dire et nous ne faisons que décaler le paradoxe à la possible appartenance à la catégorie des personnes physiques. Ou considérer que la mobilisation du concept de race renvoie à d'autres critères et que ce sont ces derniers dont l'enregistrement est par principe interdit. Partant, de cette hypothèse, les éléments qui communément sont considérés comme des preuves d'appartenance à une « race », la couleur de la peau, la taille, la forme des yeux ont tous deux caractéristiques, ils sont visibles et s'héritent. Dans cette perspective, la prohibition quant à l'enregistrement de la race vaudrait pour ces éléments révélateurs. Pourtant, cette position n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle aurait pour conséquence de prohiber l'enregistrement d'une simple photographie d'identité révélatrice de la forme des yeux ou de la couleur de peau. Dès lors, la prohibition de l'enregistrement ne vaut pas pour les informations pouvant révéler des caractéristiques raciales, mais pour l'enregistrement en tant que tel de ces dernières. Dans cette

constitutionnel (A propos de la décision n° 2007-557 du 15 novembre 2007 », Les Petites Affiches, vol. 236, 2007, pp. 4 – 9. D. Turpin, « La décision numéro 557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau », Rec. Dalloz Sirey, vol. 24, 2008, pp. 1638 – 1644. M. VERPEAUX, « Des jurisprudences classiques au service de la prudence du juge. A propos de la décision n° 2007-557 du 15 novembre 2007, loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile », JCP G Sem. Jurid. (édition générale), vol. 1, 2008, pp. 20 – 24.

⁷⁵⁴ Ainsi, le code pénal a un sous-titre entier (articles 214-1 et suivant relatif aux crimes contre l'espèce humaine. Alors qu'au niveau du droit international on trouve mention de l'espèce humaine notamment dans le préambule de la convention d'Oviedo sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, à l'alinéa 10 qui prévoit » *Convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer sa dignité »*

⁷⁵⁵ Voir notamment X. BIOY, "Les crimes contre l'espèce humaine", in *Bioéthique, biopolitique et biodroit* sous la direction de S. HENNETTE-VAUCHEZ, LGDJ, Coll. Droit et société, 2006, pp. 101-119.

perspective, à l'exception de mention explicite, seul le fichage des caractéristiques héréditaires est un fichage des caractéristiques raciales.

262. Race et génétique. En tant qu'élément hérité, les caractéristiques raciales sont doublement présentes dans le code génétique d'un individu. Explicitement inscrites dans le code génétique, il est possible de les utiliser pour reconstituer un portrait-robot génétique⁷⁵⁶. Cependant, en France et dans l'ensemble des pays membres du conseil de l'Europe, l'ensemble du code génétique n'est pas enregistré, seuls certains éléments dits « non-codants »⁷⁵⁷ sont fichés, par exemple en France dans le FNAEG⁷⁵⁸. Ces éléments se singularisent dans la mesure où ils ne « codent » pas une caractéristique physique et leur présence dans le code génétique de l'individu n'est pas encore expliquée. Ainsi, en droit français, le seul élément susceptible de révéler la race, à savoir l'empreinte génétique, semble connaître un traitement d'anonymisation raciale du fait du recours à de l'ADN non-codant. Dans cette perspective, l'article 706-54 du Code de procédure pénale prévoit que « *Les empreintes génétiques conservées dans ce fichier ne peuvent être réalisées qu'à partir de segments d'acide désoxyribonucléique non-codants, à l'exception du segment correspondant au marqueur du sexe.* », cette liste prévue à l'article A 38 du Code de procédure pénale contient désormais sur dix-neuf locus dont cinq facultatifs.

263. Limite de la génétique. Néanmoins, cette hypothèse scientifique est aujourd'hui bien fragile. Dans cette perspective, dès 2001 C. Cabal pouvait considérer qu'« *on ne peut pas exclure que, dans l'avenir, un marqueur définisse un allèle spécifique d'une ethnie. Ce n'est pas le cas avec les marqueurs actuels et sur les populations disposant actuellement d'une banque de données. [...] En effet, elle peut révéler qu'un individu a une origine ethnique particulière, origine parfois lointaine d'un point de vue généalogique. Pour éviter toute utilisation détournée de cette information, il semble préférable de ne pas l'intégrer à un fichier, et, par conséquent, de ne pas utiliser le marqueur qui la fournit* »⁷⁵⁹. » Au contraire de cette recommandation, il est possible de

⁷⁵⁶ LIU, F., F. VAN DER LIJN, C. SCHURMANN, « A genome-wide association study identifies five loci influencing facial morphology in Europeans. », *PLoS genetics*, vol. 8, n°9, Sep-2012.

⁷⁵⁷ C'est-à-dire des éléments qui ne semblent pas coder de caractéristiques génétiques.

⁷⁵⁸ Voir *Supra*

⁷⁵⁹ Rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire par M. Christian CABAL, 7 juin 2001

constater que, *de facto*, même « racialement anonymés », les segments d'Adn non-codants, en enregistrant la filiation de la personne, permettent de connaître, par déduction, l'haplotypes de ce dernier. Ainsi, même si le droit positif prévoit que « *Les empreintes génétiques conservées dans ce fichier ne peuvent être réalisées qu'à partir de segments d'acide désoxyribonucléique non-codants, à l'exception du segment correspondant au marqueur du sexe* »⁷⁶⁰, il est possible de constater que cette condition peut être contournée dans les faits.

264. Génétique des populations. Dès lors, en cas de recherche de la filiation, il est possible de retrouver des haplotypes propre à un haplogroupe, nom scientifique du groupe ethnique. C'est le domaine de la génétique des populations qui retrace les migrations en fonction du patrimoine génétique des habitants d'une région déterminée. Incidemment, il est donc possible d'utiliser le fichage ADN des éléments non-codants pour révéler l'haplogroupe c'est-à-dire l'origine ethnique d'un individu. Cependant, si ce traitement de l'information génétique est aujourd'hui prohibé dans l'hexagone, il faut constater que les fiches enregistrées au FNAEG contiennent malgré le processus « d'anonymisation raciale » des informations sur cette dernière. Et c'est cette vision des données génétiques comme susceptible de révéler l'origine ethnique des individus, n'est pas uniquement scientifique, puisqu'on en trouve des traces dans différents textes ⁷⁶¹ en compte au niveau de la Cour européenne des droits de l'Homme. Certes, dans un arrêt *Marper c. RU*, au sujet de la conventionalité du système de fichage génétique britannique, la Cour de Strasbourg donne corps à cette liaison entre fichage ethnique et empreintes génétiques en considérant que « *le traitement des profils ADN permet aux autorités de se faire une idée de l'origine ethnique probable du donneur et que cette technique est effectivement utilisée dans le cadre des enquêtes policières* » ⁷⁶².

265. Haplogroupe et religion. Toutefois, la révélation d'une filiation dans une donnée génétique, n'entraîne pas uniquement le fichage de la race, mais aussi, selon certaines

⁷⁶⁰ Article 706-54 du code de procédure pénale.

⁷⁶¹ Le système français de fichage génétique des délinquants peut aussi contenir l'ADN des ascendants ou descendants des personnes disparus, preuve de la prise en compte juridique de l'existence d'information sur la filiation dans les données stockées.

⁷⁶² CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04 Cons. 76.

hypothèses de la religion. En effet, il est possible de poser l'hypothèse suivante : les religions faiblement prosélytes ou au contraire extrêmement majoritaires dans une population donnée, peuvent être rattachées à un groupe ethnique déterminé⁷⁶³. Cette relation entre ethnie et religion n'est pas uniquement une simple hypothèse théorique, mais a été le fondement de la qualification juridique dans les lois instaurant une discrimination en raison de l'appartenance raciale. Ainsi, le premier statut des juifs de 1940, inspiré de la législation du III Reich, considérait comme juif « : *toute personne issue de trois grands-parents de race juive ou de deux grands-parents de la même race, si son conjoint lui-même est juif.* »⁷⁶⁴. Pour les législations discriminantes, la subjectivité de l'appartenance ou de la non-appartenance s'efface face à la « race » et si ce point de vue peut sembler historiquement daté et juridiquement contestable⁷⁶⁵, il faut constater qu'aujourd'hui le fichage ADN possède en germe une racialisation de la religion. Ainsi, indépendamment du sentiment d'appartenance de l'individu, il est possible de classer les haplotypes en fonction de la religion, révélant alors « la religion héritée ». Dès lors, la révélation du groupe ethnique d'origine implique corrélativement celui de la religion indépendamment du sentiment d'appartenance de la personne.

266. Donc révéler la race peut, sous certaines conditions, permettre la révélation de la religion. Dès lors, les données génétiques contiendraient des informations qualifiées de « sensibles » portant tant sur l'appartenance raciale que sur l'appartenance religieuse et entreraient donc dans le champ des données à caractère personnel spéciales. Cependant, si la casuistique du classement des données génétiques entre normales et spéciales montre bien la difficulté de cette classification, les données génétiques ne sont qu'une sous-catégorie des données biométriques et la question de la classification de l'ensemble des sous catégories ne peut prendre la forme d'un inventaire. Il faut donc tenter de proposer un système de classement des données biométriques qui permet de distinguer entre données à caractère normal et spécial.

⁷⁶³ H. OSTRER, « A genetic profile of contemporary Jewish populations. », *Nature reviews. Genetics*, vol. 2, n°11, Nov-2001, pp. 891–8.

⁷⁶⁴ Article 1 du premier statut des juifs du 18 octobre 1940.

⁷⁶⁵ D. LOCHAK, « Écrire, se taire.. Réflexions sur la doctrine antisémite de Vichy », *Le genre Hum.*, vol. 30–31, 1996.

B. Un nouveau classement des données biométriques

267. Inexistence en droit positif. La catégorie des données biométriques est inexistante pour l'instant en droit positif. Et si on en trouve de nombreuses traces, il faut constater qu'elles sont systématiquement considérées comme des données à caractère personnel. Cependant la question de leur rattachement soit à la catégorie générique des données à caractère personnel, soit aux données à caractère personnel spéciales reste ouverte.

268. En l'absence de disposition textuelle ou du moins face à leur imprécision il nous est impossible de considérer les données biométriques comme relevant strictement d'une seule catégorie. Pourtant, si une approche nominaliste nous permet de considérer les données biométriques comme des données à caractère personnel spéciales (1), une approche substantialiste, nous permet, en revanche, de classer les données biométriques dans les deux catégories existantes de données à caractère personnel (2).

1. L'existence de critères de distinction

269. Problème de définition. Si la catégorie juridique des données biométriques existe de façon parcellaire, la question de son rattachement aux catégories de données personnelles se heurte principalement à un problème de définition. Tout d'abord, dans une perspective nominaliste, cette question est en partie vidée de son fondement, puisqu'à ces données particulières est systématiquement attaché un régime juridique dérogatoire au droit commun. Pourtant, cette catégorie n'est pas pour autant définie par le droit positif que ce soit dans le droit français ou dans les droits européens.

270. En droit Français. Si un régime dérogatoire aux traitements applicables aux bases de données biométriques⁷⁶⁶ est bien prévu dans la loi informatique et libertés, concernant les « *traitements de données à caractère personnel [...] qui portent sur des données biométriques* »⁷⁶⁷, il faut constater que le droit français reste étonnamment

⁷⁶⁶ Voir supra titre 2.

⁷⁶⁷ Article 27 de la loi informatique et liberté. Il est à noter qu'il existe une seconde mention des données biométriques à l'article 25 qui précise « les traitements automatisés comportant des données biométriques ». Il est possible de considérer que la différence de vocabulaire recouperait une différence dans l'appréhension de cette notion, le fait de comporter des données biométriques étant moins restrictif que l'idée que les traitements doivent porter sur ces mêmes données. Pourtant, rien dans le droit positif et dans l'appréhension des articles 25 et 27 par la CNIL ne donne des arguments en faveur d'une telle hypothèse. Au delà de la différence de formulation ces deux traitements sont de nature identique dans leur rapport aux données biométriques.

silencieux concernant la notion de donnée biométrique pour elle-même indépendamment de tout traitement. En effet, les articles 25 et 27 de la loi informatique et libertés prévoient, un régime dérogatoire au droit commun pour la mise en place d'un traitement qui porte ou qui comporte des données biométriques. Ces derniers traitements poursuivant le but d'identifier la personne. Ainsi, en droit français, c'est le traitement applicable (l'identification) à la donnée, indépendamment d'une quelconque qualité propre à cette dernière, qui détermine l'application du régime juridique attendant aux systèmes biométriques.

271. En droit européen. Au niveau de l'Union européenne, il est intéressant de remarquer que la directive de référence⁷⁶⁸ ne fait aucune mention de l'existence d'une catégorie de données particulières qui existerait sous le nom de données biométriques. D'ailleurs, même la CJUE ne fait pas mention de l'existence de données biométriques, comme catégorie juridique autonome, mais comme synonyme d'empreintes digitales⁷⁶⁹. Dans cette perspective, les textes relatifs à l'utilisation de système biométriques, s'abstiennent de donner une définition des données biométriques. C'est ainsi que le règlement relatif au passeport biométrique mentionne les données biométriques⁷⁷⁰ sans pour autant en donner une définition. Au niveau européen, la définition issue de la convention 108 du Conseil de l'Europe⁷⁷¹ ne reconnaissait pas l'existence des données biométriques que ce soit dans le prisme de leur existence ou de leur traitement ; la catégorie des données biométriques n'existe pas dans la convention de 1981 relative à la

⁷⁶⁸ 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

⁷⁶⁹ Voir notamment, CJUE, 17 octobre 2013, C-291/12 Schwarz et CJUE, 4^{ème} chambre, 16 avril 2015, W. P. Willems (C-446/12) contre Burgemeester van Nuth, H. J. Kooistra (C-447/12) contre Burgemeester van Skarsterlân. Dans ces arrêts était en jeu la conventionnalité de la captation des empreintes digitales au sein des documents d'identité et plus précisément des passeports. Dans le premier, la Cour a considéré que la captation des empreintes digitales, bien que portant atteinte à la vie privée de la personne, était justifiée par la nécessité de protéger les passeports contre des utilisations frauduleuses. Dans le second arrêt, la Cour a considéré qu'aucune limite conventionnelle ne pesait sur l'État concernant l'exploitation de ces empreintes.

⁷⁷⁰ « *Le Conseil européen de Thessalonique, les 19 et 20 juin 2003, a confirmé la nécessité de dégager au sein de l'Union européenne une approche cohérente en ce qui concerne les identificateurs ou les données biométriques pour les documents des ressortissants de pays tiers, les passeports des citoyens de l'Union et les systèmes d'information (VIS et SIS II)* ». Règlement (CE) n°2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres

⁷⁷¹ Convention 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel

protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Néanmoins, la catégorie des données biométriques, va à terme émerger dans cette convention puisque une proposition de modification de cette définition a été proposée par le Comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Désormais, un paragraphe entier sera consacré aux données biométriques en précisant « 2. *Présentent [en particulier] un tel risque : a) le traitement des données génétiques, des données relatives à la santé ou à la vie sexuelle et des données concernant des infractions, condamnations pénales et mesures de sûreté connexes, b) les données traitées pour l'origine raciale, les opinions politiques, l'appartenance syndicale, les convictions religieuses ou autres 6 convictions qu'elles révèlent et c) les données traitées pour l'information biométrique identifiante qu'elles contiennent.* »⁷⁷². Ainsi, dans cette approche, la donnée (le contenant) n'est pas réductible à l'information (le contenu), ce régime dérogatoire s'appliquant alors indépendamment de la qualification de la donnée. Dans cette perspective, ce n'est pas le traitement appliqué à la donnée, mais l'information qu'elle contient qui serait le critère déterminant l'existence d'une donnée biométrique.

272. Spécificité des données biométriques. Cependant, ce classement des données biométriques dans les données à caractère spécial, tel qu'envisagé par le Conseil de l'Europe se heurte à un écueil à savoir l'inexistence d'information biométrique par nature. Toutes les informations sur le corps portent en germe l'existence d'une information biométrique. Puisque toute donnée corporelle, issue d'une mesure corporelle, peut être imputée à une personne physique. Et en application du syllogisme qui sert de modèle à la biométrie amener à une autre donnée à caractère personnel. Ainsi, une simple photo d'identité numérisée contient des informations sur le sexe (présence d'une pomme d'Adam), révèle la couleur de peau et certaines maladies et permet de reconnaître la personne. Dès lors, La question de la définition des données biométriques et de l'existence d'une catégorie homogène, est contestée par la nature même des prélèvements. Plus précisément, le droit positif a une définition très restrictive des données biométriques

⁷⁷² Voir notamment : Comité consultatif de la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel [STE n°108], 16 octobre 2012, *Document final sur la modernisation de la Convention 108*. Disponible en ligne.

puisque considérant la photo même numérisée comme une donnée à caractère personnel standard⁷⁷³. En utilisant une définition plus large des données biométriques que celle du législateur, il est possible de retrouver cette dualité de régime juridique au sein des données biométriques. Ainsi, ont été considérées comme données biométriques, toutes les données à caractère personnel enregistrant une caractéristique corporelle et permettant l'identification de la personne⁷⁷⁴. Dès lors, avec notre définition *contra legem*, une simple photographie numérique est considérée dans cette étude comme une donnée biométrique. il faut donc trouver ailleurs que dans une approche nominaliste le régime applicable à l'ensemble des données biométriques.

273. Inexistence des données biométriques par nature. De plus en pratique, la qualification d'une donnée comme biométrique n'est que le résultat d'une possibilité technologique. Comme pouvait l'affirmer C. Cabal en 2003 « *en 1960, [on] considérait ainsi que la topographie du système pileux, la couleur des cheveux, la pigmentation des yeux ne constituait pas des caractères « mesurables ». Aujourd'hui, aucun caractère ne semble a priori exclu.* »⁷⁷⁵ Ainsi, la conception de la loi informatique rattachant les données biométriques à l'existence d'un traitement biométrique, ne peut être utilisée pour singulariser les données biométriques. D'ailleurs, cette inexistence de données biométriques par nature se retrouve dans la distanciation de la CEDH, vis-à-vis de informations contenues dans les représentations informatiques des mesures corporelles. Dans son arrêt *Marper c. RU*, la Cour considère qu'elle « *ne peut écarter la possibilité que les aspects de la vie privée se rattachant aux informations génétiques fassent à l'avenir l'objet d'atteintes par des voies nouvelles que l'on ne peut prévoir aujourd'hui avec précision* »⁷⁷⁶.

⁷⁷³ Il s'agit là d'un « effet pervers », de la focale du droit français sur le traitement des données, plutôt que sur leur existence. Ainsi, la CNIL a considéré que la présence d'une photographie anthropométrique numérisée au sein d'un fichier de police ne violait pas la loi informatique et liberté, dès lors que cette dernière n'est pas soumise à un procédé de reconnaissance faciale (traitement). Pourtant, ces données récupérées dans le Traitement des antécédents judiciaires, successeur du STIC, sont justement susceptibles d'être soumises à une procédure de reconnaissance faciale.

⁷⁷⁴ CF. *introduction*.

⁷⁷⁵ C. CABAL, Rapport sur les méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir de données biométriques et les techniques de mise en œuvre n°938, 2003. p. 8.

⁷⁷⁶ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04. Cons. 71.

Dès lors, Il est possible de nous interroger sur l'utilisation de cette distinction entre les données et les informations qu'elles contiennent, non plus dans une approche nominaliste des données à caractère personnel, mais dans une approche substantielle de ces dernières. Désormais, nous ne limiterons plus la catégorie des données biométriques à ses occurrences dans le droit positif, mais au contraire à son utilisation même sans sa qualification.

2. Une nouvelle la distinction

274. Critère de distinction. Si de manière classique l'ensemble des dispositions législatives⁷⁷⁷, conventionnelles⁷⁷⁸ ou constitutionnelles⁷⁷⁹ distingue entre les données génétiques et les autres données corporelles, il faut constater que cette distinction ne dégage pas un critère de distinction satisfaisant entre les données biométriques au sens large. Tout au plus elle permet d'extraire l'identification génétique du régime de droit commun applicable aux données à caractère personnel⁷⁸⁰. Toutefois, un autre critère de distinction, la distinction entre l'apparence et la structure corporelles peut être récupérée pour caractériser les données biométriques. De manière plus précise, derrière l'unité du vocable, il nous serait possible de séparer deux régimes juridiques distincts : les données biométriques qui transcrivent l'apparence et celle qui servent à enregistrer l'*idem*. Si l'utilisation de cette distinction pour l'identité corporelle n'est pas nouvelle⁷⁸¹, il est possible de constater que les données portant sur l'apparence seraient traitées dans le régime juridique des données à caractère personnel standard et spécial (a) et au contraire

⁷⁷⁷ Voir notamment l'article 16-11 du code civil qui encadre spécifiquement l'identification génétique « *L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que : 1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; 2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ; 3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées. [...]* »

⁷⁷⁸ Recommandation n°R (92) 1 du Comité des Ministres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale (adoptée le 10 février 1992)

⁷⁷⁹ Cons. Constit., Décision n° 2010-25 QPC, Jean-Victor C, 16 septembre 2010.

⁷⁸⁰ CEDH, *Van der Velden c. Pays-Bas*, n° 29514/05.

⁷⁸¹ « *Il s'agit de distinguer entre identité *idem*, c'est-à-dire ce qui est permanent, comme le groupe sanguin, la filiation, l'empreinte digitale et identité *ipse*, c'est-à-dire ce qui est changeant comme la définition du Soi par rapport à soi et du Soi par rapport à l'Autre. On peut dire que l'identité implique à la fois une définition de Soi-même et une distinction de Soi par rapport à l'Autre* » A. CEYHAN, « Enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », *Cult. Conflits*, vol. 64, 2006, pp. 39

les données biométriques touchant à la structure du corps seraient protégées par un régime juridique *ad hoc* (b).

a. Les données relatives à l'apparence

275. Malheureusement, il faut sacrifier la pureté des distinctions conceptuelles à la réalité des systèmes d'utilisation de la biométrie. Un classement tripartite est alors possible entre les données normales relatives à *l'ipse*, les données spéciales relatives à *l'ipse* et les données spéciales relatives à *l'idem*. Dès lors, les données relatives à l'apparence peuvent être soit standards, soit spéciales.

276. Il nous faut donc trouver un nouveau critère de distinction pour expliquer cette différence de régime juridique attenante aux données à caractère personnel. Si cette distinction trouve classiquement un fondement textuel, elle connaît une explication historique, les données considérées comme standard étant celle qui relevaient précédemment de l'anthropométrie (Image, taille, couleur des yeux...), quand les données considérées comme spéciales ne sont apparues que plus récemment (empreintes digitales...). Ainsi, le régime juridique des données utilisées au début du siècle par l'anthropométrie, pour prévenir la récidive et généralisée en 1921⁷⁸², serait similaire à celui du droit à l'image. Dire que seules l'exploitation et la diffusion et non pas la simple captation, sont considérées comme une atteinte à la vie privée, d'ailleurs en droit français ce n'est pas la vie privée en tant que tel qui est protégé, mais son « intimité »⁷⁸³. À l'exception de la captation dans un espace privé pénalement sanctionnée⁷⁸⁴, la jurisprudence qu'elle soit nationale ou européenne⁷⁸⁵, considère que seule l'exploitation des images peut constituer une atteinte à cette notion. Au contraire, les données biométriques spéciales sont apparues plus récemment d'abord de manière sectorielle, notamment concernant les criminels pour être généralisées plus tardivement à l'ensemble de la population, notamment avec le développement des preuves d'identité biométriques.

⁷⁸² P. PIAZZA, « Septembre 1921: la première carte d'identité des français et ses enjeux. », Belin genève.

⁷⁸³ Article 9 du code civil » *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.* »

⁷⁸⁴ Dans cette perspective, l'article 226-1 du code pénal prévoit que la simple fixation d'une image « d'une personne se trouvant dans un lieu privé », peut donner lieu à une condamnation pour atteinte à la vie privée.

⁷⁸⁵ CEDH, 28 janv. 2003, *Peck c. R.U.* n° 44647/98.

277. Densité d'information. Au-delà de la distinction historique, un autre critère de distinction que l'argument historique peut être envisagé. En effet, les données biométriques sont avant tout une transcription limitée du réel, qui lui contient en principe plus d'information qu'il n'est possible d'en enregistrer. C'est pour cela que la conservation des échantillons est plus encadrée que la simple conservation des empreintes. Pour aller plus loin dans cette logique, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que *« vu les usages futurs que l'on pouvait envisager notamment pour les échantillons cellulaires, la conservation systématique de pareils éléments était suffisamment intrusive pour entraîner une atteinte au droit au respect de la vie privée »*⁷⁸⁶. Dès lors, la densité informationnelle des échantillons n'est pas quantifiable puisque les usages futurs sont par nature inconnus. Néanmoins concernant les empreintes, la question de la densité d'information de la traduction numérique de la réalité corporelle, permet de ventiler au sein des données touchant à l'apparence entre d'une part celles soumises à un régime juridique standard et celles qui, par exception, sont considérées comme des données à caractère personnel spéciales.

278. Données transparentes. La première catégorie des données relative à l'apparence est considérée comme des données à caractère personnel standard. En effet, relatives à l'apparence et directement saisissables par la personne, sans médiation de la technique, ces dernières seraient davantage des informations biométriques numérisées que des données biométriques. Certes, directement accessibles à la compréhension de la personne, elles se caractérisent par une faible densité d'information : leur représentation épuise les informations qu'elles contiennent. Nous appellerons données transparentes ces données à faible densité d'information. Ces données transparentes, ne contiennent donc pas plus d'informations que la personne ou le tiers ne peuvent en visualiser. Cependant, bien que recelant uniquement l'identité de la personne, elles ne sont que faiblement individualisantes (la corpulence, les signes distinctifs) ou très généralisées (la photographie numérisée d'identité). Les données transparentes sont des données à caractère personnel standard puisque ne contenant aucune autre information que l'identité de la personne.

⁷⁸⁶ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04

Les données opaques. Catégorie intermédiaire, bien que portant sur l'Apparence, les données opaques contiennent d'autres informations que la simple identité de la personne. Mais l'intégralité des informations enregistrées peut être connue, si leur représentation n'épuise pas l'information, il faut constater que, contrairement aux données relatives à l'*idem*, l'ensemble des informations contenues potentiellement est connu. Et cette classification des données en fonction de la densité d'information de leur représentation se retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui se sert de ce critère pour justifier sa différence de traitement entre les empreintes digitales (données relative à l'*ipse*) et génétiques (données relatives à l'*idem*)⁷⁸⁷. Ainsi, il s'agirait de données non compréhensibles sans médiation technique, mais appartenant toujours à l'*ipse* de l'identité corporelle. Cependant, les systèmes techniques permettent de déchiffrer et d'extraire l'ensemble des informations – contenues dans l'apparence – il n'y a pas de données cachées ou secrètes, les informations extraites sont fonction de la volonté et non des limites de la science ou de la technologie. Dans le cas de ces données opaques, bien que relatives à l'apparence, elles sont considérées comme des données spéciales. Et dès lors se retrouvent encadrées juridiquement au niveau de la captation des données et non comme pour les données transparentes au niveau de leur exploitation. Puisque pour ses dernières leur enregistrement permanent et systématique est susceptible de constituer une ingérence dans l'article 8a11, indépendamment de toute exploitation. Ce raisonnement que la Cour a utilisé en 2001 en ce qui concerne l'enregistrement de la voix⁷⁸⁸ a été appliqué en 2010 aux empreintes digitales dont « *la conservation... constitue une atteinte au droit au respect de la vie privée* »⁷⁸⁹.

L'exemple des empreintes digitales. En effet, Les empreintes digitales sont la quintessence des données opaques puisqu'elles ne révèlent aucune autre information⁷⁹⁰ que l'identité de la personne. Certes, si leur fonction est limitée à l'identification de la

⁷⁸⁷ « *Il est constant que les empreintes digitales ne contiennent pas autant d'informations que les échantillons cellulaires ou les profils ADN* » CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04, cons.78.

⁷⁸⁸ CEDH, 25 septembre 2001, P.G et J.H c. Royaume Uni, n° 44787/98. § 59-60,

⁷⁸⁹ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04. Cons, 86.

⁷⁹⁰ Voir sur « les regrets de GALTON » J.J. COURTINE & G. VIGARELLO, « Identifier, traces, indices et soupçons », in A. CORBIN, J.-J. COURTINE, & G. VIGARELLO, *Histoire du corps: Les mutations du regard*. Seuil, 2005. P.279.

personne physique, elles sont rattachées systématiquement aux données spéciales⁷⁹¹ que ce soit par les juges⁷⁹² ou par les textes⁷⁹³. Pourtant, elles appartiennent à l'apparence de la personne, mais ne sont accessibles que par la médiation de la technique, dont les évolutions déterminent les informations collectées. Ainsi, si en 1906, Edmond Locard⁷⁹⁴ – distinguait quatre systèmes d'enregistrement d'identification dactyloscopique, utilisant de 2 à 8 critères de classements. Aujourd'hui, les organisations policières internationales⁷⁹⁵ et les traités internationaux de coopération⁷⁹⁶ prévoient l'échange de ces dernières. En France, si la prise d'empreinte est standardisée depuis longtemps⁷⁹⁷ c'est le Décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'Intérieur, qui fait rentrer les empreintes digitales dans l'air de la biométrie puisqu'elle prévoit l'établissement d'un fichier central informatisé. Précédemment, la comparaison entre empreintes, se faisait *de visu* à l'aide de fiches papiers.

b. Les données relatives à la structure corporelle

279. Définition. Comme montré précédemment les éléments constitutifs de l'*idem* dans l'identité connaissent un régime juridique *ad hoc*. Et il est possible de constater que cette caractéristique se retrouve aussi dans les données relatives à l'*idem*. C'est-à-dire sur les données relatives à ce pan de l'identité structurelle et immuable. Ainsi, cette définition

⁷⁹¹ A titre d'illustration, CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*.

⁷⁹² Voir notamment, CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n°317827.

⁷⁹³ La CNIL, traitant les empreintes digitales dans le régime de l'article 24 c'est-à-dire dans un régime d'autorisation. Voir *Supra*.

⁷⁹⁴ Comptes rendus du VIe Congrès international d'anthropologie criminelle (Turin, 28 avril-3 mai 1906), Boccà frères éditeurs, p 408. Disponible en ligne.

⁷⁹⁵ En 2012, Interpol dispose d'une base de donnée gérant 170000 empreintes et ayant permis 1200 identifications pour l'année.

⁷⁹⁶ Ainsi, le traité de Prüm du 27 mai 2005, entre le Royaume de Belgique, la République Fédérale d'Allemagne, le royaume d'Espagne, La République Française, le Grand-Duché de Luxembourg, Le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, La Criminalité Transfrontalière et la migration illégale prévoit » *Article 8 – Données dactyloscopiques En vue de la mise en œuvre du présent Traité, les Parties contractantes garantissent que des données indexées soient disponibles concernant le contenu des systèmes automatisés nationaux d'identification dactyloscopique créés en vue de la prévention et de la poursuite d'infractions pénales. Ces données indexées ne contiennent que des données dactyloscopiques et une référence. Les données indexées ne doivent contenir aucune donnée permettant l'identification directe de la personne concernée. Les données indexées qui ne peuvent être attribuées à aucune personne (traces ouvertes) doivent être reconnaissables en tant que telles »*

⁷⁹⁷ Ainsi, le système français est basé sur enregistrement de 12 points.

des données relatives à l'*idem* comme les données immuables relatives aux corps, amène à dresser la liste des éléments corporels immuables. Tout d'abord, le plus évident, l'empreinte génétique de la personne n'est pas altérée par le passage du temps, alors même, qu'indépendamment de toute réification génétique, elle est déterminante dans l'identité de la personne que ce soit comme *idem* où elle fixe la structure de la personne, ou comme *ipse* puisqu'un certain nombre de caractéristiques appartenant à cette catégorie sont génétiquement déterminées⁷⁹⁸. Ensuite, les organes sont aussi relatifs à l'identité comme *ipse* puisque déterminant structurellement l'identité de la personne. Néanmoins, il est *de facto* rare que des organes puissent être utilisés pour identifier la personne et la question de la donnée portant sur l'*idem corporel* se fondant sur un organe est relativement rare. Tout au plus il est possible de considérer que certains procédés notamment « l'empreinte cérébrale », sur le fondement d'un électro encéphalogramme peut dans certaines hypothèses identifier la personne. Toutefois, l'absence d'utilisation à grande échelle ainsi que l'absence de consensus sur leur valeur probante nous amène à écarter cette hypothèse.

280. Nature du régime juridique. Quant à la question du régime juridique des données relatives à l'*idem* du corps, il faut constater qu'elles ne sont ni des données à caractère personnel standard, ni des données à caractère personnel spécial traditionnel, dans la mesure où les règles quant à leurs utilisations ou à la prohibition de cette dernière sont insérées dans un corpus de règles spécifiques, les ayant exclusivement pour objet. Ainsi, en est-il de l'utilisation de l'empreinte génétique comme preuve de l'identité, dont le régime juridique n'est pas prévu, en tant que tel, dans le droit général des données à caractère personnel, qu'il soit national ou conventionnel, mais est précisé uniquement sous l'emprise de règle *ad hoc*. Ainsi, si les données relatives à l'*idem* sont des données à caractère personnel, il est possible d'affirmer que leur régime juridique n'est pas limité aux régimes juridiques des données à caractère personnel, eu égard à la « densité informationnelle » que ces données contiennent.

281. Densité informationnelle. Concernant les informations obscures, l'ensemble des informations contenues dans la donnée n'est pas connu. L'identité n'est qu'une partie des informations contenues, partie indéfinissable puisque l'ensemble n'est pas connu. Ainsi,

⁷⁹⁸ Cour de cassation - Chambre criminelle - Arrêt n° 3280 du 25 juin 2014 - ECLI:FR:CCASS:2014:CR03280

pour les données obscures la problématique est inversée : la question n'est plus qu'est-ce qu'elles révèlent, mais qu'est-ce qu'elles révèlent et que la personne au moment de la captation ignore ? Par exemple, le fichier national des empreintes génétiques intègre des segments ou locus, dont la liste fixée par arrêté⁷⁹⁹ n'inclut que des données génétiques dites « non-codantes »⁸⁰⁰, c'est-à-dire des données qui ne permettent pas l'expression d'une protéine et donc – par raccourci — ne sont d'aucune utilité pour le développement cellulaire de la personne. Auparavant présentée comme un « ADN poubelle »⁸⁰¹, cette caractéristique fut mise en avant pour justifier leur utilisation. Aujourd'hui, il semblerait que ces 90 % d'ADN sans fonction soient en réalité fondamentaux pour limiter les mutations et « codent » ainsi, des prédispositions génétiques⁸⁰². Si le droit ne s'est pas saisi, de cette évolution de la science, il faut constater que lors de la captation des données génétiques des individus, les techniciens n'imaginaient pas fichier autre chose que des segments non-codants révélant l'identité de la personne. Pourtant, au-delà de l'identité, les nouvelles découvertes sur ces segments non-codants, laissent entrevoir d'autres informations contenues dans le fichier national des empreintes génétiques, sans que les gestionnaires de ce dernier aient conscience de cet « enrichissement informationnel ». Et parfois même le juge encourage ce développement, en autorisant les experts « 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 »⁸⁰³, ce qui pourrait se traduire par la

⁷⁹⁹ Arrêté du 24 octobre 2006, modifiant l'article A38 du code de procédure pénale.

⁸⁰⁰ Article 706-54 du code de procédure pénale » *...Les empreintes génétiques conservées dans ce fichier ne peuvent être réalisées qu'à partir de segments d'acide désoxyribonucléique non-codants, à l'exception du segment correspondant au marqueur du sexe.* »

⁸⁰¹ « En revanche, la plus grande partie (80 à 90 %) de l'ADN nucléaire ne commande directement aucune synthèse protéique et l'on ignore actuellement sa fonction précise. Dans cette partie non-codante, l'analyse a mis en évidence des régions variables : il s'agit de segments d'ADN caractérisés par la répétition en tandem d'unités de base composées de deux ou plusieurs nucléotides. La taille de ces fragments, ou allèles, varie en fonction du nombre de répétitions » C. CABAL, *Rapport sur les méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir de données biométriques et les techniques de mise en œuvre*, Assemblée nationale. 2003 n°938. Disponible en ligne.

⁸⁰² « Des chercheurs mettent à jour des fonctions inconnues de l'ADN non-codant », le monde 6 septembre 2012. Article non signé.

⁸⁰³ Cour de cassation - Chambre criminelle - Arrêt n° 3280 du 25 juin 2014 - ECLI:FR:CCASS:2014:CR03280 É. VERGES, Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, vol. 2014, n°25. 2014. J. DANET, « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au “ portrait robot génétique ” (mais approximatif) est validé », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2014 pp. 595 – 598.

révélation de la couleur de la peau, des yeux, voir la forme du visage, révélation qui se trouverait en complète contradiction avec la conciliation opérée au sein de la loi et dans les jurisprudences européennes et internationales entre les droits fondamentaux de la personne et les nécessités de l'ordre public.

282. Retard du droit. De même en ce qui concerne les données biométriques obscures, l'absence de connaissance de l'ensemble des données enregistrées met structurellement le droit positif dans une position de « retard »⁸⁰⁴ voire d'inadéquation. Et plus précisément, dans la conciliation à opérer entre la protection de l'ordre public rendant nécessaire l'identification et la protection des droits fondamentaux, il n'est pas possible de connaître l'ensemble des droits fondamentaux violés et l'étendue de ces violations, dans la mesure où même lors de la captation, l'étendue des informations capturées n'est ni connue ni connaissable. Comme le remarquait le Doyen SAVATIER dans la préface de son ouvrage qui popularisa l'expression « retard du droit » « *Les métamorphoses [...] du droit civil d'aujourd'hui évoluent avec l'aujourd'hui* » et c'est là que se trouve le principal problème concernant les données obscures ; non plus uniquement dans la simple prise en compte les éléments connus aujourd'hui, mais bien essayer de prévoir les utilisations futures et les informations qui seront alors décryptées. Et ce n'est que face à cet impossible exercice d'anticipation⁸⁰⁵ que le régime juridique de ces données assurera une conciliation effective entre les droits fondamentaux et les impératifs de protection de l'ordre public ou social, qui ont présidé à leurs utilisations⁸⁰⁶.

283. Ainsi, la limitation du fichage ADN aux segments non-codants n'est guère une protection adéquate du droit à l'intimité, dans la mesure où même ces éléments pourtant

⁸⁰⁴ R. SAVATIER, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil » d'aujourd'hui. Dalloz, 1964, p. 454.

⁸⁰⁵ Cependant, ce retard n'est pas le propre du droit, mais se retrouve dans l'ensemble des activités de conceptualisation, comme le remarque V. JANKELEVICH, « *c'est ce que nous proposons d'appeler l'illusion de retrospectivité, l'intelligence [...] regarde éternellement en arrière ; le retard constitue [...] son infirmité naturelle. L'intelligence retardataire n'est compétente que dans les choses accomplies, et les symboles avec lesquels elle travaille sont toujours postérieurs à l'événement* ». V. JANKELEVICH, *Bergson*, PUF, quadrige, 2008, p. 21.

⁸⁰⁶ « *La marque de l'emprise de la science sur le droit se manifeste essentiellement par le caractère provisoire de la loi. [...] La législation relative à la bioéthique s'élabore dans un contexte particulier qui tient tant à ses modalités de préparation, qu'à son environnement scientifique et à la mise en chantier quasi permanente dont elle est l'objet. Ce travail du législateur oscille entre deux exigences contradictoires, la primauté de l'homme et de l'individu, découlant de la référence au système des droits fondamentaux et l'instrumentalisation de l'homme exigée par une science qui se veut au service de la collectivité humaine* ». B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM Economica, 2000. p. 20.

considérés comme uniquement identifiants lors de leur première utilisation, révèlent en réalité d'autres éléments de l'hérédité de la personne. Cet aspect est aujourd'hui non pris en compte lors de l'autorisation de ce type de fichage, alors même qu'il pourrait remettre en cause l'équilibre précaire, entre la conciliation des droits fondamentaux et la protection de l'ordre public.

284. Conclusion du chapitre 2. Ainsi, l'identité de la personne telle que vécue par cette dernière, peut-elle être divisée en deux concepts, qui entraîneraient deux régimes distincts. Tout d'abord, concernant l'apparence la personne est laissée libre de sa détermination et ce n'est que très exceptionnellement que le droit interdit ces modifications. Mais ce principe de libre détermination de l'apparence se « heurte » à la nécessité de ne pas le masquer, norme prise en raison des troubles à l'ordre public que peut entraîner ce type de comportement. Quant à l'*idem* de la personne, ce dernier fait l'objet d'un régime juridique *ad hoc puisque* interdisant par principe toute modification.

285. Mais si l'identité corporelle de la personne peut être saisie substantiellement, juridiquement elle est aussi saisie dans le prisme de ses vecteurs : les données à caractère personnel. Et concernant les éléments d'identité utilisés par les systèmes biométriques, il est possible de constater qu'il est possible de mettre en place une triple distinction concernant les données biométriques en fonction des informations qu'elles contiennent. Tout d'abord, concernant les données transparentes ou les données qui seront peut-être utilisées dans un traitement biométrique, on retrouve le régime juridique des données à caractère personnel standard. Les données opaques sont considérées comme biométriques par le législateur, le conventionnel, le pouvoir réglementaire ou le juge, leur régime juridique bien que spécial est prévu dans les textes relatifs aux données à caractère personnel. Ces dernières connaissent un encadrement juridique renforcé. Ces deux types de données portant substantiellement sur des données relatives à l'apparence corporelle. Quant aux données relatives à l'*idem*, les données obscures connaissent un encadrement juridique *ad hoc*, en raison des informations qu'elles peuvent contenir et dont on ignore l'existence en l'état actuel des sciences et des techniques.

286. Conclusion du Titre 1. En s'intéressant à la proposition majeure du syllogisme qui sert de modèle de fonctionnement à la biométrie, deux approches ont été utilisées. La première s'est focalisée sur l'essence même de la biométrie à savoir le corps. Partant, deux conceptions de ce dernier peuvent être mobilisées : soit le corps est un concept unitaire, l'enveloppe matérielle de la personne, soit comme une machine pleine de rouage dont le droit organise la circulation et le transfert. Dès lors, si le corps comme ensemble, en permettant l'équivalence entre le corps et la personne, est un postulat de départ pour la biométrie, la vision du corps comme machine est quant à elle une limite pour cette dernière. Car, la circulation et le transfert des supports de mesure faussent l'équivalence entre le corps et la personne au profit d'une équivalence impossible ou fluctuante. Partant, les questions de l'identité corporelle et de son régime juridique méritaient quelques précisions. Puisqu'il a été possible de distinguer les règles relatives à l'apparence du corps dont la détermination est libre sous réserve d'une interdiction de masquer cette dernière, dès règles relatives à la structure du corps prohibant toute atteinte à l'exception de celles poursuivant une finalité thérapeutique. Quant aux vecteurs de l'identité corporelle, ils prennent juridiquement la forme d'une données à caractère personnel. Au sein de cette catégorie juridique, Il a été montré qu'il était possible de ventiler les données biométriques entre la catégorie générique de données à caractère personnel, la catégorie dont la protection est renforcée de données à caractère personnel spécial, et dans certaines hypothèses très restrictives avec la mise en place d'un régime juridique *ad hoc*. Cette catégorisation des données biométriques, permet en suivant l'étude du regroupement de ces données sous l'égide des bases de données biométriques, car seule l'utilisation de ces bases de données, permet d'attribuer une fonction à la biométrie et notamment sa fonction originelle comme preuve de l'état civil.

Titre 2 : l'articulation entre les traitements biométriques et l'état civil.

288. Tel Sisyphe remontant sans cesse son rocher, l'utilisation des données sans mise en base de données s'apparente à un éternel recommencement. Car, seule la mise en base de données permet l'utilisation d'une donnée, notamment en la comparant, rapidement, avec un autre élément.

289. En effet, la base de données est le support matériel de toute possibilité de traitement même hypothétique ou future puisqu'en son absence, les informations simplement enregistrées ne sont que du bruit inexploitable. Dès lors, les concepts de bases de données et de traitement sont imbriqués dans la mesure où l'existence de l'un est une condition de l'existence de l'autre. Ainsi, il n'est que difficilement envisageable de séparer l'étude de ces deux concepts ; nous considérons, au contraire, qu'ils ne peuvent être étudiés qu'ensemble. Concernant les traitements ayant recours à des bases de données biométriques, comme pour l'ensemble des traitements, si l'existence d'une donnée biométrique est nécessaire au fonctionnement de ces systèmes biométriques, elle n'est pas pour autant une condition suffisante. En effet, une donnée seule, non rattachée à un ensemble de données, ne peut donner lieu à une comparaison et ne permettrait donc pas d'appliquer le modèle du syllogisme biométrique.

290. Certes, la question de la comparaison des données pour en déduire une autre donnée, c'est-à-dire la proposition mineure du syllogisme, implique que les données soient regroupées et organisées. En droit français, cette organisation porte le nom de base de données.

291. Dans cette perspective, au sein du syllogisme, modèle de représentation du fonctionnement de la biométrie, il est possible de constater que le concept de base de données est central puisque déterminant les possibilités d'articulation entre les différentes propositions. Pourtant, la comparaison des données doit, pour ne pas être purement circulaire, être rattachée à un ensemble de données tierces. Et les utilisations de la biométrie sont, classiquement, présentées comme en lien avec une base de données singulière : l'état civil.

292. Dès lors, la question de l'articulation entre les traitements biométriques étatiques et l'état civil reste ouverte et cache une interrogation plus générale entre l'identité et le corps. Car, pour l'État, de manière évidente l'identité de la personne est réifiée dans l'état civil. Dès lors, la question de l'identité contenue dans les bases de données biométriques ne peut faire l'économie d'une interrogation sur les liens entre le corps et l'état civil. Ces derniers sont multiples, mais peuvent être systématisés en deux groupes distincts.

293. Tout d'abord, dans sa détermination substantielle, on assiste à un processus de biologisation de l'état civil qui prend la forme d'une prise en compte de la réalité corporelle et se traduit par un recul des cadres traditionnels au profit d'une nouvelle appréhension en apparence plus subjective⁸⁰⁷. Cependant, si on assiste à une biologisation de l'enregistrement de l'état civil⁸⁰⁸, il est possible de constater que ce processus n'a que marginalement recours aux systèmes biométriques. Notamment aux bases de données puisqu'il s'agit alors soit de déduire une information d'une interprétation (test génétique de paternité), soit d'enregistrer un changement corporel (changement d'état civil des transsexuels). En revanche, la biométrie se développe en ce qui concerne les preuves de l'état civil, c'est-à-dire en tant que moyen de rattacher une personne à une identité préalablement établie. Dans cette hypothèse, l'identité corporelle est alors un moyen de preuve de l'identité civile.

⁸⁰⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA*, n°14, 2002, p. 124. M. Fabre-Magnan, « Le domaine de l'autonomie personnelle, indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Recueil Dalloz*, n°1, 2008, p. 31. J. Massip, « Ou l'on retrouve les transsexuels », *Les Petites Affiches*, vol. 62, n°1, 1998, p. 17. J. HAUSER, « Incertitude ab initio sur le sexe: rectification d'état civil », *RTD Civ*, 2001, p. 849.

⁸⁰⁸ « Valeur juridique de l'examen de l'ADN », *Recueil Dalloz*, 2001, p. 2089. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Revue Droit Civil*, vol. 38, n°I, 2007, pp. 1-8. « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », *RTD Civ*, n°Paris I, 1999, p. 529. P. Rouger, « Filiation et empreintes génétiques », *AJ Famille*, 2003, p. 171. A. LEBORGNE, « Arrêt Goodwin contre Royaume-Uni : les juges de Strasbourg disent oui au mariage des transsexuels », *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, vol. 11, 2002, pp. 14 - 15. J. HAUSER, « Un sexe évolutif ? Du transsexualisme, du trans-genre et des prénoms (Rép. min. 08325, JO Sénat Q 19 mai 2010 ; Dr. fam. 2010. Alertes 50 - Montpellier, 18 janv. 2010 - Paris, 28 janv. 2010 - Paris, 4 févr. 2010, RJPF 2010-9/13, note », *RTD Civ*, 2010, p. 759. « Existence d'une obligation positive pour les Etats de reconnaître aux transsexuels opérés leur conversion sexuelle sur le plan juridique. Arrêt rendu par Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2032. J. HAUSER, « Transsexualisme : changer à quelles conditions ? (Reims, 10 mai 2007, JCP 2008. IV. 1495) », *RTD Civ*, 2008, p. 271. G. Raoul-Cormeil, « la reconnaissance de l'identité de la personne transsexuelle », *Droit de la famille et des personnes*, vol. 6, 2010, p. 5. J. Massip, « Ou l'on retrouve les transsexuels », *Les Petites Affiches*, vol. 62, n°1, 1998, p. 17. J.-P. MARGUENAUD, « Lorsque Le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel entraîne une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 101. J. HAUSER, « Etat civil et transsexualisme : nature juridique de la décision de changement », *RTD Civ*, 2008, p. 78. A. Debet, « Le sexe et la personne », *Les Petites Affiches*, vol. 131, n°2, 2004, p. 21. J. HAUSER, « Incertitude ab initio sur le sexe: rectification d'état civil », *RTD Civ*, 2001, p. 849.

294. En effet, classiquement, les traitements de données biométriques sont utilisés vis-à-vis de l'état civil comme preuve de cette base de données *ad hoc*, reliant ainsi la proposition mineure du syllogisme biométrique avec sa conclusion à savoir l'identité de la personne physique.

295. Ainsi, avoir porté la focale sur les concepts de bases de données étatiques (chapitre 1), il sera question de l'utilisation de la biométrie comme preuve de l'état civil (chapitre 2).

Chapitre 1. Les concepts de bases de données.

296. La question de l'existence matérielle des bases de données est aujourd'hui une question dépassée puisque ces dernières sont désormais omniprésentes, voire transparentes, pour l'utilisateur. Pourtant, en 1978⁸⁰⁹, tant leur nature numérique que l'existence des bases de données informatisées, n'était pas chose évidente, le législateur ayant même étendu le régime juridique des bases de données informatisées aux « *fichiers non automatisés ou mécanographiques* »⁸¹⁰. Cependant cette évolution n'est pas uniquement matérielle, Comme le constatent les Professeures S. HENNETTE-VAUCHEZ et D. ROMAN « *c'est aujourd'hui la technologie qui vient décupler non seulement le pouvoir qui est à l'œuvre dans les opérations d'identification des individus, mais encore les risques qui sont associés du point de vue des droits de l'homme.* »⁸¹¹. Dès lors, aujourd'hui, la question de l'existence juridique des bases de données est tout comme pour la biométrie inséparable de leur caractère informatique.

297. Distinction Autorisation / déclaration. Concernant les traitements de données biométriques, les bases de données sont classiquement distinguées tant par le législateur que par la CNIL, soit en raison de leur finalité – identification ou authentification — soit en fonction de leur régime juridique : déclaration ou autorisation. Et il est possible de constater que concernant notre objet cette dernière distinction n'est pas des plus pertinente pour l'étude de notre objet, car à l'exception des traitements biométriques mis en place pour le compte de l'État soumis à un régime juridique spécifique⁸¹², par principe les traitements de données biométriques entrent dans le régime de l'autorisation⁸¹³. Pourtant, en application de l'article 25 – II⁸¹⁴ de la loi informatique et libertés , la CNIL a pris de

⁸⁰⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸¹⁰ Article 45 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸¹¹ S. HENNETTE-VAUCHEZ & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz. § 680.

⁸¹² Article 27 de la loi informatique et libertés » *Sont autorisés par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés : [...]* 2° *Les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes.* »

⁸¹³ Article 25 de la loi informatique et libertés » I. *Sont mis en œuvre après autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, à l'exclusion de ceux qui sont mentionnés aux articles 26 et 27 : [...]* 8° *Les traitements automatisés comportant des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes.* »

⁸¹⁴ « *Pour l'application du présent article, les traitements qui répondent à une même finalité, portent sur des catégories de données identiques et ont les mêmes destinataires ou catégories de destinataires peuvent*

nombreuses délibérations permettant aux personnes privées et publiques d'utiliser le régime de l'autorisation simplifiée dans certaines applications biométriques⁸¹⁵, estompant d'autant la distinction.

298. Spécificité des bases de données étatiques. Désormais, les cas de recours au régime d'autorisation disparaissent au profit de la simple déclaration⁸¹⁶. Pourtant, le régime juridique développé concernant les traitements mis en place pour le compte de l'État, loin de constituer un élément marginal est en réalité fondamental eu égard à deux éléments. Tout d'abord, les possibilités de traitement dans de telles bases de données sont sans commune mesure avec les possibilités exploitées par les sociétés privées. De plus, le régime juridique tel que résultant de la loi de 2004⁸¹⁷, a fait disparaître en la matière tout contrôle réel de l'autorité administrative indépendante, mise en place justement pour encadrer les bases de données étatiques ; Alors qu'elle avait été imaginée comme une Autorité protectrice des droits et libertés des personnes fichées et qu'elle agissait pour se faire comme une autorité de police administrative spéciale⁸¹⁸, la révision de 2004 a recentré et renforcé⁸¹⁹ le contrôle de la CNIL sur les traitements gérés par des personnes privées. Cette réassignation de la fonction principale de la CNIL n'est pas sans effet sur le contrôle des bases de données étatiques utilisant des données biométriques. D'ailleurs,

être autorisés par une décision unique de la commission. Dans ce cas, le responsable de chaque traitement adresse à la commission un engagement de conformité de celui-ci à la description figurant dans l'autorisation. »

⁸¹⁵ CNIL, Autorisation unique n° AU-019 - Délibération n°2009-316 du 7 mai 2009 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance du réseau veineux des doigts de la main et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail. Voir aussi : CNIL, Autorisation unique n° AU-007 - Délibération n°2012-322 du 20 septembre 2012 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès Ainsi que la restauration sur les lieux de travail

⁸¹⁶ En outre, la distinction posée par la CNIL, entre identification et authentification, n'est pas non plus très pertinente vis-à-vis de notre objet, et ce eu égard à deux éléments : l'objet de la fonction et la nature même des traitements biométriques. Tout d'abord, concernant l'objet de la donnée, l'identification porte sur une personne physique alors qu'au contraire l'authentification porte sur un document lui-même porteur d'une identité. Ensuite concernant la nature des données biométriques, force est de constater qu'elles ne peuvent être utilisées pour d'autres fonctions, puisqu'elles ont été créées spécifiquement pour les deux fonctions susmentionnées. Dès lors, bien qu'existant en droit positif, cette distinction ne permet pas de construire pour autant une grille de compréhension des rapports entre les bases de données biométriques et l'identité.

⁸¹⁷ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

⁸¹⁸ N. OCHOA, *le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, thèse de doctorat, Université Paris I - Pantheon-Sorbonne, p. 230 et s.

⁸¹⁹ M., Collet, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État « post-moderne » », in *Annales de la régulation*, Volume 1 (2006), LGDJ, pp. 128-129.

cette disparition d'un contrôle *a priori* au profit d'un avis non conforme, en sonnant le glas de la fonction première de cette AAI fait disparaître l'intérêt qui avait présidé à sa création.

299. Spécificité de l'état civil. Pourtant, au-delà de l'existence de cet encadrement juridique des bases de données, il existe une base de données centrale et fondamentale qui échappe totalement à ce dernier : l'état civil. Néanmoins, cette dernière est nécessaire aux traitements utilisant des données biométriques puisqu'elle permet d'établir la conclusion du syllogisme à savoir l'identité de la personne. Car, classiquement, il n'y a pas pour l'état d'identité en dehors de l'état civil, considéré d'abord comme en ensemble de registre c'est-à-dire comme une base de données singulière, puisque non numérisée.

300. Dès lors, en reprenant le modèle du syllogisme, il est possible de constater que l'existence juridique des bases de données étatiques nécessite d'être clarifiée, notamment celles qui traitent des données biométriques (Section I), leur existence est en lien, en tant que bases de données étatiques avec une base de données *ad hoc* : l'état civil, qui détermine l'existence d'une conclusion au syllogisme. (Section II).

Section 1. Le régime juridique des bases de données

302. Au-delà de sa nécessité théorique, le concept de base de données est saisi par le droit qui en autorise l'existence et en sanctionne certaines utilisations⁸²⁰ ou données⁸²¹. Dans cette perspective, le droit saisit cet objet dans sa définition et lui assigne des régimes juridiques.

303. Dès lors, il est possible de s'interroger sur l'émergence de ce concept et plus précisément sur la question de sa construction et de son appréhension par la loi informatique et libertés .

304. Ainsi, si la question de l'existence de critère déterminant l'existence d'une base de données reste ouverte (Paragraphe 1), elle ne prend tout son sens que lorsqu'elle permet de délimiter l'existence de régimes juridiques (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le concept de base de données

305. Synonymes. Apparaissant sous un ensemble de vocables foisonnant, « traitements automatisés »⁸²², « collection », « fichier »⁸²³ ou « base de données »⁸²⁴, les ensembles organisés de données connaissent de multiples appellations sans pour autant laisser apparaître une unité conceptuelle. Néanmoins, dans une première approche, nous considérerons l'ensemble des éléments regroupant des données sous

⁸²⁰ Ainsi, en est-il des interconnexions des bases de données qui sont soumises à un régime distinct de celui des bases de données qui le compose. À titre d'illustration, l'interconnexion des bases de données étatiques correspondant à « des intérêts publics différents » nécessite un décret en Conseil d'État.

⁸²¹ Dans cette perspective, l'article 8-1 de la loi informatique et libertés précise : qu'« *Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci* ».

⁸²² Article 2 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸²³ Article 2 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸²⁴ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, *concernant la protection juridique des bases de données*, Journal officiel n° L 077 du 27/03/1996 p. 0020 – 0028.

l'appellation générique de bases de données. Considéré par le dictionnaire Robert comme « *Un ensemble de données logiquement reliées entre elles et accessibles au moyen d'un logiciel spécialisé* ⁸²⁵ », cette définition reste pour autant muette sur la distinction entre les données et leurs bases. Pourtant, distinguer les données des bases de données n'est pas une simple question théorique, mais, au contraire, constitue une distinction cruciale puisque déterminant l'application de règles juridiques distinctes.

306. Mais avant d'essayer de saisir juridiquement ces distinctions de régime, il faut nous intéresser au critère permettant la distinction des concepts. D'ailleurs, si ces critères sont une construction doctrinale (B), il est possible de constater qu'ils se retrouvent dans l'ensemble des corpus juridiques qui se sont intéressés aux bases de données (A).

A. L'émergence du concept de base de données

307. Définition des bases de données. En effet, si tout ensemble de données ne constitue pas une base de données, au contraire, toute base de données peut être *a minima* considérée comme un ensemble de données. La différence entre des données regroupées et une base de données tenant à l'existence de métadonnées⁸²⁶. Ces « données sur des données » permettent de classer logiquement les autres données. Ces métadonnées servent alors de structure, ou de socle dans lequel s'insèrent les données à référencer. Ce critère théorique se retrouve dans le droit positif. Par exemple, la directive du 11 mars 1996 relative à la protection des bases de données⁸²⁷ définit dans son article 2 la base de données comme « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par des*

⁸²⁵ Article « base de données » in P. ROBERT, *Le Nouveau Petit ROBERT: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Dictionnaires Le ROBERT*, 2012.

⁸²⁶ Pour reprendre l'expression donnée par le Conseil d'Etat « *À la différence des interceptions de sécurité, qui portent sur le contenu de la communication, cette procédure de réquisition ne porte que sur les « données techniques de connexion », parfois qualifiées de « métadonnées », c'est-à-dire l'identification des personnes utilisatrices des services, les destinataires des communications, la durée de celles-ci et la localisation des équipements terminaux* » Conseil d'Etat, Rapport du Conseil D'Etat : Le numérique et les droits fondamentaux 2014, p. 123.

⁸²⁷ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, *concernant la protection juridique des bases de données*, Journal officiel n° L 077 du 27/03/1996 p. 0020 – 0028.

moyens électroniques ou d'une autre manière. »⁸²⁸ Cette disposition « systématique » et « méthodique » nécessite logiquement la création de données pour « retrouver » les données disposées ainsi. Cette existence de métadonnées nous permet de faire le lien entre les dispositions relatives spécifiquement aux bases de données et le droit commun de protection des données à caractère personnel en France. En ce sens, la loi informatique et libertés de 1978⁸²⁹ s'intéresse aux « traitements de données » entendus dans l'article 2 comme « [...] toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quels que soit le procédé utilisé et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction »⁸³⁰. Mais, ces différentes opérations ne sont possibles que si des éléments viennent organiser les données : des métadonnées. Et même la définition du fichier à caractère personnel⁸³¹ retenu par la loi informatique et libertés, utilise ce critère de l'existence de métadonnées pour caractériser les ensembles organisés de données et donc les bases de données. Dès lors, par convention, nous appellerons base de données tout ensemble de données au sein duquel des métadonnées sont créées lors de leurs enregistrements. Il existe donc deux critères cumulatifs dans notre définition des bases de données : l'existence de données et de métadonnées sur ces dernières. Cependant, les relations entre les deux composantes de la définition méritent d'être précisées.

308. Distinction données et base. Par principe, le régime des bases de données s'applique aux données, ce qui alimente la confusion juridiquement entre le cadre et la substance. Cependant, dans certaines hypothèses, notamment devant la CEDH, c'est la simple « *mémorisation des données*⁸³² » — notamment à caractère personnel —

⁸²⁸ Cette définition se retrouve aussi à l'article L112-3 du code de la propriété intellectuelle

⁸²⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸³⁰ Article 2 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸³¹ « *Constitue un fichier de données à caractère personnel tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés.* »

⁸³² « *La mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8. L'utilisation ultérieure des informations mémorisées importe peu.* » CEDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, n°9248/81.

indépendamment de toute utilisation nécessitant une mise en base de données qui permet l'application d'un régime juridique spécifique. Et les données biométriques sont directement concernées par cette protection juridique au niveau de la mémorisation, car comme le remarque la Cour européenne des droits de l'homme à leur sujet « *la mémorisation par une autorité publique de données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8. L'utilisation ultérieure des informations mémorisées importe peu.* »⁸³³ Et ce principe est applicable aux données biométriques⁸³⁴. Ainsi, lorsque la Cour de Strasbourg vise la « mémorisation » des données, elle applique un régime juridique à de simples données, avant leur transformation en base de données ou leur traitement. Néanmoins, cette focalisation sur les données agit en « trompe l'œil » dans la mesure où la Cour leur rattache systématiquement des éléments relatifs soit à leur traitement soit à leur mise en base de données puisqu'en s'intéressant à leur durée de conservation⁸³⁵, ou à la possibilité de suppression offerte aux citoyens⁸³⁶. Dès lors, il est possible de constater que le juge de Strasbourg encadre les données biométriques dans le prisme de leurs métadonnées. Ces dernières, consubstantielles aux bases de données, servent ainsi au traitement juridique des données à caractère personnel.

B. Les critères déterminant l'existence d'une base de données

309. Lien données et métadonnées. Toutefois, au-delà de leurs rapports *ratione temporis* — successivement mémorisation — mise en base de données — traitement — *il faut* constater que les bases de données connaissent deux spécificités par rapport à la

⁸³³ voir CEDH, 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, n°9248/81 ; CEDH, 28 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, n°13/1997/797/1000 ; CEDH, 16 février 2000, *Amman c. Suisse*, n°27598/97.

⁸³⁴ « *La protection offerte par l'article 8 serait affaiblie de manière inacceptable si l'usage des techniques scientifiques modernes dans le système de la justice pénale était autorisé à n'importe quel prix et sans une mise en balance attentive des avantages pouvant résulter d'un large recours à ces techniques, d'une part et des intérêts essentiels s'attachant à la protection de la vie privée, d'autre part* ». CEDH, Gde ch., 4 déc. 2008, nos 30562/04 et 30566/04, S. et Marper c/ Royaume-Uni. §112.

⁸³⁵ Cf. *Marper*, « *La Cour estime que le caractère général et indifférencié du pouvoir de conservation des empreintes digitales, échantillons biologiques et profils ADN des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions mais non condamnées, tel qu'il a été appliqué aux requérants en l'espèce, ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu et que l'Etat défendeur a outrepassé toute marge d'appréciation acceptable en la matière. Dès lors, la conservation litigieuse s'analyse en une atteinte disproportionnée au droit des requérants au respect de leur vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique* », CEDH, Gde ch., 4 déc. 2008, nos 30562/04 et 30566/04, S. et Marper c/ Royaume-Uni, §12.

⁸³⁶ CEDH, 18 avril 2013, *M.K. c. France*, n° 19522/09,

mémorisation ou au traitement. Premier élément, comme évoqué précédemment, la mise en base de données produit des métadonnées, c'est-à-dire des données sur les données. Au contraire, si deux informations sont simplement stockées, elles ne secrètent pas plus d'information que leur simple enregistrement. Dans l'hypothèse où au-delà de l'enregistrement elles sont mises en bases de données, alors des données sont créées (leur rang c'est-à-dire une classification permettant la recherche) et ces métadonnées peuvent être considérées comme un signe distinctif des bases de données. Certes, si toute base de données repose sur une mémorisation, toute mémorisation, en l'absence de métadonnées, ne constitue pas une base de données mais une simple accumulation de données non fonctionnelle.

310. Distinction données et métadonnées. Deuxième élément distinctif, si ces métadonnées permettent un traitement des données, elles ne sont pas pour autant confondues avec elles, la fonction étant distincte de la substance. Dès lors, si la mémorisation des données est une condition de création de la base de données, le traitement est en aval de cette dernière la fonction qu'elles permettent. Cette fonction, appelée « finalité » quand elle est limitée par le droit positif, est un élément déterminant du régime juridique de ce dernier⁸³⁷. La détermination de cette finalité est avant tout fonction de l'organisation des métadonnées. Pourtant, cette affirmation nécessite de préciser l'existence de ces dernières non plus uniquement d'un point de vue factuel, mais aussi sur la scène juridique.

311. Régime juridique des métadonnées. Pour le Conseil constitutionnel, bien que non expressément citées⁸³⁸, les métadonnées sont des « données techniques »⁸³⁹, considérées comme des données moins attentatoires à la vie privée de l'individu que les

⁸³⁷ En effet, on retrouve par exemple une obligation de respect de ce principe dans l'article 6 §2 de la loi informatique et liberté, d'ailleurs il fait l'objet d'une protection spéciale puisque les atteintes à ce principe sont délictualisées (article 226-21 du code pénal).

⁸³⁸ On doit au Conseil d'Etat ce lien entre « données techniques » et métadonnées. Conseil d'Etat, *Rapport du Conseil D'Etat : Le numérique et les droits fondamentaux* 2014, pp. 1-446.p. 198.

⁸³⁹ Cons. Constit. 19 janvier 2006, 2005-532 DC, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, §8. Voir J.-É. Schoettl, Note sous Conseil constitutionnel, 19 janvier 2006, Décision numéro 2005-532 DC, *La Gazette du Palais*, vol. 36. pp. 20 – 39, 2006. P. Avril, Le triomphe de "l'entonnoir," *Les Petites Affiches*, vol. 33. pp. 6 – 9, 2006. F. Rolin & S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terrorisme », *AJDA*, 2006, p. 975.

interceptions de sécurité⁸⁴⁰. Au contraire de cette position, la CJUE considère que « ces données, prises dans leur ensemble, sont susceptibles de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes dont les données ont été conservées »⁸⁴¹. Et il est possible de nous ranger à la position de la Cour de Luxembourg puisque effectivement, les métadonnées permettent parfois plus que les simples données qu'elles organisent. Par exemple, les métadonnées des téléphones cellulaires sont utilisées pour la géolocalisation⁸⁴² du mobile, laquelle permet ensuite de connaître, les fréquentations de la personne surveillée ou ses habitudes⁸⁴³. Dès lors, s'il semble y avoir une évolution jurisprudentielle possible sur l'étendue du contrôle il est possible de constater que les juges français ou européens assimilent les notions de données et de métadonnées. Et cette assimilation révèle *a minima* la consécration sur la scène juridique de ce concept, bien que pouvant être désigné sous un autre vocable. Quant au classement de ces dernières entre les régimes des données à caractère personnel simples et sensibles, il est possible d'affirmer que la qualification des données emporte celle des métadonnées. Ainsi, si les données enregistrées sont considérées comme sensibles par extension cette qualification entraîne celle des métadonnées. Au contraire, si les données sont considérées comme standard alors ce régime est applicable à leurs métadonnées.

Paragraphe 2 : L'évolution du régime juridique des bases de données

312. Présentée comme un *Habeas data*⁸⁴⁴, la loi de 1978 n'a pas fait qu'encadrer l'utilisation des informations nominatives, elle les a fait exister sur la scène juridique. Dans cette perspective, la définition ainsi attribuée aux bases de données est inséparable, tant logiquement que juridiquement, de la notion de traitement de données puisque seul ce processus justifie l'existence des métadonnées et par extension la mise en base des données. Quant à la définition de ces traitements, elle a connu une évolution majeure avec

⁸⁴⁰ Cons. Constit, Commentaire au Cahier du Conseil sur la décision 2005-532 DC. Disponible en ligne.

⁸⁴¹ CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et al. et Michael Seitlinger et al.*, C-293/12 et C-594/12. §27.

⁸⁴² Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 *relative à la géolocalisation*.

⁸⁴³ Voir notamment l'utilisation d'algorithmes pour détecter une menace terroriste, telle que prévue dans la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 *relative au renseignement*.

⁸⁴⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz. § 680.

la loi de 2004. En 1978, l'article 5 de la version originelle de la loi considérait un traitement comme « *tout ensemble d'opérations réalisées par des moyens automatiques, relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation et la destruction d'informations nominatives ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature se rapportant à l'exploitation de fichiers ou bases de données et notamment les interconnexions ou rapprochements, consultations ou communications d'informations nominatives* ». En 1978 la définition des traitements de données visait deux éléments, le premier comme constituant un ensemble d'opérations, le second inhérent à l'utilisation des bases de données. Quant à son évolution prévue par la loi de 2004⁸⁴⁵, elle a autonomisé le second aspect sous l'appellation « fichier » et a enrichi la liste des opérations mentionnées dans le premier aspect. Pourtant, l'utilisation de l'adverbe « notamment » dans l'article 2 de la loi informatique et libertés après 2004, implique que la liste n'est pas limitative, contrairement à la liste des opérations prévue dans la première mouture de la loi. Quant au concept de fichier considéré dans la loi de 2004 comme « *tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés* », il est possible de constater qu'il recoupe parfaitement notre concept de base de données puisque les caractéristiques inhérentes aux fichiers impliquent l'existence de métadonnées. Puisque ces dernières peuvent alors être interprétées comme étant la preuve de l'existence d'un traitement, d'ailleurs la CNIL elle-même considérait en 1998 qu'un fichier comme « *une collection d'entités homogènes décrite par des éléments d'information* »⁸⁴⁶ et cette « description » nécessite l'existence de données sur des données : des métadonnées. Et cette synonymie entre les mots « fichiers » et « bases de données » est d'autant plus évidente que l'expression « base de données » a disparu de la loi informatique et libertés après sa révision de 2004.

⁸⁴⁵ Article 2 » *Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction.* »

⁸⁴⁶ « *un fichier est une collection d'entités homogènes décrite par des éléments d'information. On a pu également le définir comme une collection de données pouvant indifféremment porter sur des listes, des fichiers ou des dossiers* ». CNIL *Dix ans d'informatique et libertés*, Economica, 1988

313. D'ailleurs, concernant les obligations vis-à-vis de ces traitements, les mutations de la loi informatique et libertés ont entraîné une disparition de certaines obligations. En ce sens, dans sa première version l'article 3 de la loi informatique et libertés prévoyait que la connaissance des données personnelles par la personne ne suffisait pas et que cette obligation portait aussi sur « les raisonnements utilisés »⁸⁴⁷. C'est-à-dire, sur le traitement en lui-même. Et nous pouvons regretter que cette obligation ait été supprimée par la loi de 2004, alors même qu'elle permettait un contrôle accru des algorithmes de traitements de données, qui peuvent avoir une conséquence sur la personne alors même que cette dernière ne connaît ni les informations utilisées ni la façon dont elles sont traitées. Mais, face aux évolutions et à l'augmentation de la complexité de la technique, cette obligation se serait de toute manière heurtée aux possibilités de compréhension de l'individu.

314. Quant aux éléments permettant de déterminer le régime juridique applicable à ces traitements, ils oscillent entre critère organique et critère substantiel et si la réforme de 2004 a développé le critère substantiel (B), par rapport à la version originelle qui se focalisait sur le critère organique (A), il est possible de constater qu'un critère organique spécial perdure (C).

A. la loi de 1978 ou la prédominance du critère organique

315. Dans la version originelle de la loi informatique et libertés, une distinction cardinale est faite autour de la nature du gestionnaire de la base de données. Ce critère organique permet de distinguer le régime applicable aux personnes publiques et assimilées et régimes applicables aux personnes privées qu'elles soient morales ou physiques. Concernant les personnes privées, leur régime juridique est en miroir de celui alors applicable aux personnes physiques, comme le notait Jean Rivero « *Le souci de ne pas entraver le développement de l'informatique dans les entreprises privées a conduit le législateur à n'imposer, pour la création des fichiers privés, qu'une déclaration préalable auprès de la Commission, comportant l'engagement de se plier aux exigences de la*

⁸⁴⁷ Article 3 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 » Toute personne à le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés. ».

loi »⁸⁴⁸. Cette opposition qui sert de pierre angulaire à la loi de 1978, connaît deux explications, l'une juridique l'autre technique. Tout d'abord, en 1978, seules les personnes publiques disposent de capacités de traitement suffisantes pour que les libertés des personnes soient mises en jeux, les personnes privées quant à elles ne disposant pas alors d'ordinateurs suffisamment puissants. Pourtant, comme le remarque le Conseil d'État⁸⁴⁹, la loi informatique et libertés n'est pas une loi de circonstance, mais elle se trouve au contraire formulée dans des termes suffisamment généraux, pour pouvoir encore aujourd'hui, encadrer des utilisations de l'informatique pourtant inconcevables en 1978. Comme le remarque Laurent Cyterman « si ces lois s'étaient efforcées de décrire de manière plus concrète les technologies auxquelles elles s'appliquaient, elles auraient rapidement été dépassées »⁸⁵⁰. D'ailleurs, cet encadrement vise à empêcher la prolifération et l'utilisation incontrôlées des fichiers de police puisque la loi de 1978 est une loi de circonstance, votée après le scandale SAFARI. Fichier, aujourd'hui existant sous l'appellation de Répertoire national commun de la protection sociale⁸⁵¹, ce dernier croise les données administratives, notamment fiscales, avec le répertoire national d'identification des personnes physiques⁸⁵². Dans cette perspective, ce n'est probablement pas un hasard si l'utilisation du répertoire national d'identification des personnes physiques (qui s'est trouvé au cœur du scandale) fait l'objet d'un régime spécial puisque l'utilisation de ce dernier ne pouvait alors se faire que par « décret en Conseil d'État après avis de la commission »⁸⁵³ aux termes de la rédaction originaires de l'article 42.

316. Quant à l'aspect juridique de cette distinction, elle permet, en 1978, de créer deux régimes juridiques distincts, la déclaration pour les personnes privées⁸⁵⁴ contre un régime

⁸⁴⁸ J., Rivero., *Les libertés publiques, Tome 2: Le régime des principales libertés*, 2ème édition, PUF, 1980, p. 67.

⁸⁴⁹ Conseil d'Etat, *Rapport du Conseil D'Etat : Le numérique et les droits fondamentaux* 2014, pp. 1–446.p. 198.

⁸⁵⁰ L. CYTERMANN, « La loi informatique et libertés est-elle dépassée ? », *RFDA*, vol. Juillet-août, 2013, p. 100.

⁸⁵¹ articles R 114-24s. code de la sécurité sociale.

⁸⁵² P., BOUCHER, « Safari ou la chasse aux Français », *Le monde*, 21 mars 1974.

⁸⁵³ article 18 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (non modifiée).

⁸⁵⁴ Article 15 de la loi 78-17, *idem*.

juridique bicéphale pour les personnes publiques ainsi que les personnes privées gérant un service public. Tout d'abord, la loi informatique et libertés ne prévoit pas et c'est logique, de contrainte particulière concernant les fichiers créés par la loi. Ce sera le rôle dévolu aux contentieux constitutionnels et conventionnels. Quant aux bases de données pouvant être créées par voie réglementaire, la loi de 1978 prévoit un régime à double niveau. Tout d'abord, un traitement ne peut être lancé qu'après avis motivé de la CNIL. Il est possible pour le gestionnaire du traitement de passer outre cet avis négatif, grâce à un avis conforme du Conseil d'État rattaché à un décret pour un traitement étatique ou après une délibération approuvée par décret concernant les Collectivités territoriales⁸⁵⁵. Ainsi, ce régime se singularisait par un double niveau de contrôle en cas de non-respect de l'avis de la CNIL, ce régime, très protecteur, limitait les possibilités pour les personnes publiques de recourir à des traitements de données. Pourtant, cette prééminence du critère organique dans la ventilation des régimes juridiques est à pondérer puisque la CNIL pouvait en vertu de l'article 17 dans sa rédaction originelle mettre en place pour les traitements courants des « *déclarations simplifiées de conformités* ».

317. En 1978, la loi informatique et libertés était donc bâtie autour d'une double logique, justifiée par sa genèse : contrôler les traitements mis en place pour le compte des personnes publiques et connaître les traitements développés par les personnes privées.

B. La loi de 2004 ou l'affirmation apparente d'une conception substantielle.

318. Au-delà du critère organique pour délimiter les régimes applicables aux bases de données, une autre distinction est présente dès 1978 à l'article 31 de la loi informatique et libertés s, en effet cette disposition interdit les traitements qui contiennent « *des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales des personnes* ». Ce principe est en 1978 assorti de trois exceptions. La première est relative au consentement de la personne, la seconde relative aux personnes morales de droits privés qui ont pour objet une des catégories de données dont le

⁸⁵⁵ Article 14 de la loi 78, *idem*.

traitement est interdit (syndicat, Églises...). Enfin, l'existence d'un « motif d'intérêt public » permet aussi de mettre en place un tel traitement. En 1994, a été rajoutée l'interdiction des traitements relatifs aux mœurs de la personne⁸⁵⁶. Partant, en 1978, les régimes juridiques étaient fonction d'une opposition entre personnes publiques et personnes privées et cette dualité de régime se trouvait pondérée par une interdiction concernant certaines données, interdiction soumise à un nombre restreint de dérogations connaissant un champ d'application très large. Et il a fallu attendre la loi de 2004 pour que ces données soumises à un régime dérogatoire voient leur liste s'allonger avec notamment à l'article 8 de la loi les données relatives à l'ethnie, la vie sexuelle et la santé de la personne et leur régime profondément modifié.

319. Concernant ces traitements utilisant des données spécifiques, la loi de 2004 constitue une refonte totale de la loi informatique et libertés et une mise en conformité avec la directive européenne du 24 octobre 1995⁸⁵⁷. En effet, le critère organique omniprésent pour la détermination du régime juridique dans la première mouture de la loi est pondéré, voire remplacé par un nouveau critère relatif à la nature des données, ce dernier déterminant désormais l'opposition entre régime d'autorisation et régime de déclaration. Cette distinction des régimes s'explique par la volonté de faciliter les traitements de données courantes et de limiter les traitements potentiellement plus attentatoires aux droits fondamentaux, affaiblissant ainsi la capacité de contrôle de la CNIL sur les traitements mis en œuvre par les personnes publiques.

320. En effet, l'article 25⁸⁵⁸ de la loi informatique et libertés version 2004 liste les données dont les traitements impliquent une autorisation, les autres données relevant du

⁸⁵⁶ Article 247 de la loi Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur

⁸⁵⁷ 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

⁸⁵⁸ « Sont mis en œuvre après autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, à l'exclusion de ceux qui sont mentionnés aux articles 26 et 27 : 1° Les traitements, automatisés ou non, mentionnés au 7° du II, au III et au IV de l'article 8 ; 2° Les traitements automatisés portant sur des données génétiques, à l'exception de ceux d'entre eux qui sont mis en œuvre par des médecins ou des biologistes et qui sont nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux ou de l'administration de soins ou de traitements ; 3° Les traitements, automatisés ou non, portant sur des données relatives aux infractions, condamnations ou mesures de sûreté, sauf ceux qui sont mis en œuvre par des auxiliaires de justice pour les besoins de leurs missions de défense des personnes concernées ; 4° Les traitements

régime de la déclaration. Le régime déclaratoire étant classiquement considéré comme moins contraignant que le régime d'autorisation puisqu'il n'est qu'une déclaration que le traitement satisfait aux exigences de la loi⁸⁵⁹, la CNIL pouvant *a posteriori* contrôler la véracité de l'engagement⁸⁶⁰. D'ailleurs, comme le constatait le Professeur P.-M., Martin, la déclaration est un indicateur de l'existence d'une liberté⁸⁶¹. Alors que, dans le régime d'autorisation, le contrôle est *a priori* et condition de sa légalité, en son absence, le traitement ne peut commencer ou du moins produire des effets juridiques⁸⁶². Quant à la justification à l'existence de ce double régime juridique, nous considérons à la suite de T. M'Saïdié que l'autorisation donne « à l'administration la possibilité d'intervenir préalablement à l'exercice de l'activité envisagée [...] en s'y opposant notamment en vertu du principe d'opportunité. Il est en effet des hypothèses où l'exercice d'une activité qui ne serait pas conforme aux textes qui l'encadrent peut entraîner des conséquences désastreuses ». ⁸⁶³ Ce serait donc à la vue des atteintes possible aux droits fondamentaux, au premier rang desquels la vie privée que le régime préventif a été mis en place. Pourtant, l'existence de ce régime ne fait pas obstacle au maintien d'un régime répressif plus

automatisés susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire ; 5° Les traitements automatisés ayant pour objet : - l'interconnexion de fichiers relevant d'une ou de plusieurs personnes morales gérant un service public et dont les finalités correspondent à des intérêts publics différents ; - l'interconnexion de fichiers relevant d'autres personnes et dont les finalités principales sont différentes. 6° Les traitements portant sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques et ceux qui requièrent une consultation de ce répertoire sans inclure le numéro d'inscription à celui-ci des personnes ; 7° Les traitements automatisés de données comportant des appréciations sur les difficultés sociales des personnes ; 8° Les traitements automatisés comportant des données biométriques nécessaires au contrôle de l'identité des personnes. II. - Pour l'application du présent article, les traitements qui répondent à une même finalité, portent sur des catégories de données identiques et ont les mêmes destinataires ou catégories de destinataires peuvent être autorisés par une décision unique de la commission. Dans ce cas, le responsable de chaque traitement adresse à la commission un engagement de conformité de celui-ci à la description figurant dans l'autorisation. III. - La Commission nationale de l'informatique et des libertés se prononce dans un délai de deux mois à compter de la réception de la demande. Toutefois, ce délai peut être renouvelé une fois sur décision motivée de son président. Lorsque la commission ne s'est pas prononcée dans ces délais, la demande d'autorisation est réputée rejetée. »

⁸⁵⁹ Article 23 de la loi informatique et libertés après sa modification par la Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸⁶⁰ Article 44 de la Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸⁶¹ P.-M., Martin, « La déclaration préalable à l'exercice des libertés publiques », *AJDA*, octobre 1975, p. 436.

⁸⁶² Cour de cassation, Chambre sociale, 8 octobre 2014, n°13-14.991

⁸⁶³ T., M'Saïdié, « la déclaration administrative préalable à l'exercice d'une activité », *AJDA* 2013 p. 515.

traditionnel dans la mesure où toutes personnes intéressées peuvent malgré l'autorisation de traitement saisir un juge.

C. Le maintien d'un critère organique exclusif

321. Pourtant, dans l'architecture mise en place dans la dernière grande révision de la loi, il est possible de constater que cette ventilation entre régimes déclaratoire et d'autorisation s'est faite sous réserve des articles 26 et 27 de la loi qui, réminiscence du critère de distinction originel des régimes juridiques, prévoit qu'un certain nombre de traitements, mis en œuvre par des personnes publiques, plus particulièrement de l'État, sont autorisés après un « avis motivé et publié » de la Commission nationale informatique et liberté. Néanmoins, la comparaison entre le régime juridique originaire et celui résultant de la révision de 2004 s'arrête là dans la mesure où en 1978, le gestionnaire public du traitement était soumis à une compétence liée par rapport à l'avis de la CNIL et ce caractère existait sous réserve d'un décret pris en Conseil d'État. Alors qu'en 2004 la compétence du gestionnaire du traitement, à savoir l'État, devient discrétionnaire puisque l'avis de la CNIL cesse d'être contraignant. D'ailleurs, preuve du caractère peut contraignant de cet avis, notamment dans sa perception par l'État, comme l'a remarqué à plusieurs reprises cette AAI, le gouvernement « oublie »⁸⁶⁴ parfois de demander cet avis, dès lors perçu comme une simple formalité sans conséquence juridique.

322. Cet avis « motivé et publié » précède deux types d'actes en fonction de la nature des données et du risque d'atteinte aux libertés qu'entraîne le traitement. Ainsi, sont opposés les traitements autorisés après arrêté ministériel de ceux pris, à un niveau supérieur, après un Décret en Conseil d'État, les règles d'édications de ce dernier, plus restrictives, permettant de limiter ou *a minima* d'encadrer les atteintes aux droits fondamentaux. Ainsi, sont autorisés par arrêté ministériel les traitements qui portent sur la sûreté de l'État, la défense ou la sécurité publique et que ceux relatifs tant à la police administrative que judiciaire, c'est-à-dire les traitements « *qui ont pour objet la*

⁸⁶⁴ A. Turk., lettre au ministre de l'Intérieur, doc. CNIL n°AT/YPA.SV/GDP/MMR SCS/DI082089, 15 avril 2008.

prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté. »

323. Quant aux traitements, dont le législateur a tenu, eu égard à la nature des données à renforcer leur encadrement juridique, ils nécessitent dans trois hypothèses un décret en Conseil d'État. Eu égard à l'objet des données, cette procédure peut être considérée comme la continuité du régime originaire applicable aux personnes publiques, le critère organique ne portant alors plus sur l'ensemble des personnes publiques, mais sur une personne publique spécifique : l'État. Première hypothèse, prévue à l'article 26 II de la loi informatique et libertés, les traitements relatifs aux données spéciales listées à l'article 8-I. Quant aux autres hypothèses, réminiscence du régime originaire, prévues à l'article 27, elles concernent les traitements relatifs au répertoire national d'identification des personnes physiques, ainsi que, c'est d'ailleurs le cœur de notre objet « *Les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes.* ». Sans qu'aucune précision législative ne vienne donner une définition à ces traitements, ou à la nature du contrôle à opérer par la CNIL. Tout au plus pouvons-nous constater qu'un décret de 1991 autorisait l'enregistrement par les renseignements généraux de données relatives aux « *signes physiques particuliers, objectifs et inaltérables* »⁸⁶⁵. Quant à la jurisprudence, sans donner une définition par critère⁸⁶⁶ des données biométriques, en matière de protection des droits, elle a considéré que « *l'article 27 assure des garanties supérieures à celles de l'article 26* »⁸⁶⁷, sans donner plus de détail sur la nature de ces protections supérieures.

324. D'ailleurs, même dans l'hypothèse de la mise en place de tels traitements par des personnes autres que l'État, les données biométriques sont soumises à un régime spécial :

⁸⁶⁵ Article 2 Décret n°91-1051 du 14 octobre 1991 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'article 31, alinéa 3, de la *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

⁸⁶⁶ En effet, il est possible de constater que les juges comme la CNIL, ne pose pas, *a priori*, de définition des bases de données considérées comme biométrique et si cette absence s'explique par des considérations pragmatiques, elle rend difficile la conceptualisation de cet objet.

⁸⁶⁷ CE. Ass., 26 octobre 2011.

l'autorisation. Dérivé de l'interdiction de police⁸⁶⁸ et au contraire de la fonction originaires attribuée au critère organique, l'utilisation de ce dernier permet de diminuer fortement la valeur juridique de la norme émise par la CNIL puisque dans l'hypothèse où le traitement est mis en place par ou pour le compte de l'État, l'autorisation de traitement disparaît au profit d'un simple avis, non conforme. Et pourtant, cette utilisation du critère organique, non pour renforcer comme dans la version originelle de la loi, mais pour atténuer le contrôle de la CNIL et contradictoire avec l'importance, notamment en termes de personnes fichées de ces fichiers. Ainsi et nous forçons volontairement les traits, un traitement à base de données centrale utilisant des empreintes digitales dans une entreprise, c'est-à-dire pour un nombre connu et restreint de personnes et soumis à une autorisation de la CNIL⁸⁶⁹, alors qu'un traitement des mêmes données pour le compte de l'État, n'est soumis qu'à un simple avis non contraignant⁸⁷⁰. D'ailleurs, cet affaiblissement des compétences de la CNIL vis-à-vis des traitements de l'article 27 de la loi informatique et libertés se retrouve aussi dans l'encadrement des modalités de son contrôle *a posteriori*. Certes, seule dérogation prévue à l'article 40 de la loi informatique et libertés, le décret en Conseil d'État peut interdire le contrôle sur pièce et sur place du traitement, interdisant ainsi à la CNIL tout contrôle *a posteriori*. Pourtant, malgré cette limite la CNIL a en vertu de l'article 11e⁸⁷¹ de la loi informatique et libertés — traduction de l'article 40⁸⁷² du Code de procédure pénale — l'obligation d'informer sans délai le Procureur des infractions dont elle a connaissance. Le Conseil d'État a interprété cette disposition en considérant : qu'» *il appartient à la CNIL d'aviser le procureur de la République des faits dont elle a connaissance dans l'exercice de ses attributions si ces*

⁸⁶⁸ « *l'interdiction de police est une technique restrictive dans un contexte de liberté, utilisée dans les seuls cas où l'ordre public se trouve menacé. L'autorisation préalable, au contraire, est une technique permissive dans un contexte d'interdiction* ». P., LIVET, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome CXVII, 1974, p. 19

⁸⁶⁹ Article 25 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸⁷⁰ Article 27 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸⁷¹ « *Elle informe sans délai le procureur de la République, conformément à l'article 40 du code de procédure pénale, des infractions dont elle a connaissance et peut présenter des observations dans les procédures pénales, dans les conditions prévues à l'article 52* »

⁸⁷² « *Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

faits lui paraissent suffisamment établis et si elle estime qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application »⁸⁷³. Toujours concernant le contrôle *a posteriori* de la CNIL, cette position du Conseil d'État est étonnante, voire *contra legem* puisqu'elle donne un pouvoir d'appréciation à la CNIL, alors même que la rédaction de l'article 40 du Code de procédure pénal met en place ce qui s'apparente à une compétence liée.

325. Dans cette perspective que ce soit dans les autorisations ou dans les avis concernant les traitements biométriques, il est possible de démontrer l'existence d'une grille d'analyse spécialement conçue par la CNIL pour étudier les données biométriques.

Paragraphe 3 : La grille de lecture de la CNIL en matière de données biométriques

326. La loi de 2004, en modifiant le régime juridique des bases de données étatiques utilisant des données biométriques, a profondément modifié le rôle de la CNIL dans leur contrôle.

327. Pourtant, le démantèlement des protections offertes par la loi de 1978 est beaucoup plus important qu'une simple comparaison entre les différentes versions de la loi ne l'a laissé paraître. En effet, concernant les données biométriques, les avis connaissent un champ d'application de plus en plus restreint (A) et ces derniers ne saisissent pas la spécificité des données biométriques (B).

A. L'existence des avis

328. Avant tout, il ne peut être étudié que les fichiers qui disposent d'une base légale, qu'elle soit légale ou réglementaire, nous ne pourrions donc pas traiter des bases de données nombreuses en matière de police existant dans les faits sans pour autant avoir d'existence juridique⁸⁷⁴. En outre, il peut sembler hasardeux de comparer des avis pris sur des fondements différents, soit en vertu de la loi originelle, soit de sa modification de

⁸⁷³ CE, 27 octobre 1999 *Solana*, n° 196306, CE 28 juillet 2000, n°211020.

⁸⁷⁴ D. BATHO, J.-A. BENISTI, Rapport d'information n°1548 sur les fichiers de police, Assemblée nationale, 2009..

2004. Pourtant, cette comparaison, ou, *a minima*, cette utilisation des différents avis est nécessaire pour en extraire l'existence d'une doctrine de la CNIL en matière de traitement utilisant des données biométriques. D'ailleurs, l'existence même d'une telle qualification est un des apports de la loi de 2004 et il nous faudra donc rattacher à cette catégorie des avis portant sur des traitements n'utilisant pas, avant 2004, l'expression de données biométriques.

329. Mais une précision s'impose, les avis ne sont émis que lorsque le traitement est organisé par voie réglementaire et en constitue d'ailleurs une formalité préalable⁸⁷⁵. Quant à la nature de ce texte réglementaire, il s'agit pour les traitements de données biométriques d'un décret en Conseil d'État, alors que pour les autres traitements, exception faite de ceux portant sur des condamnations, un simple arrêté suffit. Dans l'hypothèse où cet acte ne constitue qu'une transcription de disposition législative, ou lorsqu'il n'est que le résultat d'un accord international, la CNIL se borne à constater l'existence du texte de rang supralégislatif sans exercer un quelconque contrôle, si le règlement n'en constitue qu'une simple transcription⁸⁷⁶. Dans les faits, comme le remarque F. GIQUEL « *La plupart du temps, non seulement la loi prévoit la création d'un fichier, mais elle est tellement précise que les trois-quarts du texte réglementaire eux-mêmes sont écrits. Le décret a donc un champ d'action limité ; l'avis que doit rendre la CNIL ne pouvant porter que sur cette partie non prévue par la loi, il est lui aussi limité.* »⁸⁷⁷

330. D'ailleurs, au sein même des autorisations législatives de traitements, le recours à une proposition de loi, émanant de la majorité, permet, comme ce fut le cas pour la loi relative à la protection de l'identité⁸⁷⁸, d'éviter l'obligation de procéder à une étude

⁸⁷⁵ E. Meyer, « Acte réglementaire autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel et formalité préalable auprès de la CNIL », *AJDA*, 2009, p. 2155.

⁸⁷⁶ Voir notamment : CNIL, Délibération n° 2008-113 du 14 mai 2008 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : décrets en Conseil d'Etat) et relatif au fichier national des empreintes génétiques.

⁸⁷⁷ F. GIQUEL, « La CNIL exerce-t-elle un contrôle des fichiers de police suffisant ? François », *AJ Pénal*, 2007, p. 70.

⁸⁷⁸ Proposition de loi *relative à la protection de l'identité*, présentée par MM. Jean-René LECERF et Michel HOUEL, Sénat n° 682.

d'impact⁸⁷⁹. Cette « tactique »⁸⁸⁰ procédurale vise tant à limiter les informations sur les finalités de tels traitements que les explications sur la proportionnalité des mesures envisagées pour poursuivre de tels traitements. Ainsi, ce choix est destinée à empêcher le gouvernement de montrer un certain nombre de limites, voire de remettre en cause l'opportunité même du traitement. Dans cette hypothèse, la Commission n'hésite pas à présenter une note d'information, en vertu de l'article 11 d⁸⁸¹ de la loi informatique et libertés s. Quant à la valeur de cette note d'information, elle est juridiquement nulle et symboliquement forte. Juridiquement nulle, car non constitutive d'un avis, mais résultant d'une interprétation large de l'article 11, qui ne prévoit, d'ailleurs, aucune valeur juridique à ce document. Quant à l'aspect symbolique, il se trouve renforcé par l'indépendance de l'institution qui est alors perçue comme un gage d'objectivité. D'ailleurs, une évolution est à l'œuvre puisque la protection des droits fondamentaux et notamment des droits qui ont été rattachés historiquement à la liberté individuelle, ne sont plus le domaine exclusif du juge judiciaire, mais confiés par la loi à une administration *ad hoc* et indépendante. Comme le remarque G. ARMAND, « *la loi du 6 janvier 1978 révisée, conçue à l'origine comme assurant la garantie de la liberté individuelle, puis cumulativement de celle-ci et du droit au respect de la vie privée, il n'y a plus aucune difficulté à constater que c'est une autorité administrative indépendante, la CNIL et non l'autorité judiciaire qui constitue la pièce maitresse de la protection.* »⁸⁸²

B. La substance des avis

331. Avis originaire en matière de données biométriques, l'avis de 1986⁸⁸³ est organisé autour de quatre enjeux vérifiés dans ses avis par la CNIL : la finalité du traitement, la nature et la sincérité des données mémorisées, leur conservation et la question de l'organisation de l'accès aux données. Cette organisation quaternaire se retrouve dans

⁸⁷⁹ Article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution

⁸⁸⁰ C. KLEITZ, « Un jeu de tactique législative », *Gaz. du Palais*, vol. 314, 2011, p. 3.

⁸⁸¹ « *Elle répond aux demandes d'avis des pouvoirs publics et, le cas échéant, des juridictions et conseille les personnes et organismes qui mettent en œuvre ou envisagent de mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel* ».

⁸⁸² « *Dans la mesure où G. Armand, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », RFDC., vol. 65, n°1, 2006, p. 60.*

⁸⁸³ CNIL, Délibération n°86-102 du 14 octobre 1986, concernant un projet de décret relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le Ministère de l'Intérieur.

l'ensemble des avis portant sur des traitements de données biométriques. Et pourtant ces quatre éléments, sont au sein de la doctrine de la CNIL, mis en lien avec une double distinction tenant tant à la nature des données, qu'à leur modalité de mémorisation. En effet, la grille d'analyse de la CNIL est structurée autour d'une opposition entre les données mémorisées sur un support et données avec trace et sans trace. Le contrôle le plus restrictif étant effectué sur les données avec traces contenues dans des bases de données. Au contraire celui qui l'est le moins utilise des données sans trace stockées sur support individuel.

332. Ainsi, par exemple, concernant la finalité des traitements, il est possible de constater que la Commission considère ce principe comme essentiel, notamment vis-à-vis de la distinction police administrative et judiciaire. Pourtant, l'étude de la finalité du traitement n'est pas anecdotique puisqu'elle détermine la nature du contrôle exercé par la CNIL. En effet, la CNIL considère pour ses autorisations que concernant l'utilisation de bases de données centrales « *la finalité d'un tel dispositif de... doit être limitée au contrôle de l'accès d'un nombre limité de personnes à une zone bien déterminée représentant ou contenant un enjeu majeur dépassant l'intérêt strict de l'organisme et ayant trait à la protection de l'intégrité physique des personnes ou à celle des biens et des installations ou à celles de certaines informations.* »⁸⁸⁴.

333. Quant à la nature et à la sincérité des données mémorisées, il est possible de constater que si la commission ne s'intéresse pas à la spécificité des données biométriques en 1986, en considérant ce traitement comme avant tout un fichier de police, en 1999, dans son avis⁸⁸⁵ sur la loi de 1998⁸⁸⁶ et ses décrets qui crée le FNAEG, elle n'hésite pas à considérer la nature de ces données, ainsi que les informations qu'elles sont susceptibles de révéler. Ne limitant plus alors son contrôle au traitement objet de l'avis, mais l'étendant aussi à des possibles utilisations futures. Au sein de cette analyse, la distinction

⁸⁸⁴ CNIL, Communication de la CNIL relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données, p. 7. Disponible sur : <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/CNI-biometrie/Communication-biometrie.pdf>

⁸⁸⁵ Voir notamment : les délibérations de la CNIL n° 99-052 du 28 octobre 1999, n° 02-008 du 7 mars 2002 et n° 03-043 du 7 octobre 2003

⁸⁸⁶ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

entre données sans trace et avec trace très présente dans les autorisations de traitement, n'est pas en tant que telle un critère dans les avis de la CNIL. D'ailleurs, la perception de cette distinction par la CNIL appelle plusieurs remarques. Concernant la pérennité de cette distinction, certains auteurs ont pu considérer que concernant les autorisations de traitements des empreintes palmaires « *la CNIL semble moins se focaliser sur l'existence de la trace elle-même que sur l'intérêt que sont susceptibles de lui porter les industriels à un moment T* »⁸⁸⁷ ? Pourtant, il est possible d'affirmer qu'en matière d'avis la doctrine de la CNIL est différente puisqu'elle est indifférente à la classification entre données avec trace ou sans trace, la question des propriétés intrinsèques de la donnée s'effaçant au profit d'un contrôle de la finalité et de la conservation de la donnée. Ainsi, l'adjonction au FAED des empreintes palmaires en 2005⁸⁸⁸, pourtant considérées dans ses autorisations comme une donnée sans trace, n'a pas donné lieu à une modification de l'avis de la CNIL sur ce fichier, ou sur des recommandations dans l'utilisation des données palmaires par rapport aux données digitales. Ainsi, ces deux types de données sont indifférenciés concernant les avis de la CNIL. Et cette relative indifférence, aux catégories que la CNIL à elle-même mise en place, s'explique concernant les avis eu égard aux modalités de stockages et de conservation des données, systématiquement incluses dans des bases de données centrales.

334. Pourtant, concernant l'alimentation de ces bases de données centrales, le principe de finalité agit comme un garde-fou puisque la CNIL considère que les données doivent être mémorisées pour « des finalités déterminées, explicites et légitimes » et que leur exploitation future ne peut être incompatible avec ces finalités. En outre, la précision concernant la finalité du traitement vise à empêcher la « collecte de précaution », c'est-à-dire contre « *la tentation qu'a spontanément toute organisation de recueillir autant de données que possible afin d'être assurée, le moment venu, de disposer de celle qui*

⁸⁸⁷ G. DESGENS-PASANAU, « Biométrie Bilan 10 ans après la réforme de la loi de 1978 », *Expertises* N° 401 - Avril 2015, p. 142.

⁸⁸⁸ Article 2 du Décret n°2005-585 du 27 mai 2005 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur*.

s'avéreront utiles »⁸⁸⁹. D'ailleurs, comme il sera constaté postérieurement⁸⁹⁰, les finalités déclarées ne sont pas toujours les fonctions latentes des systèmes biométriques.

335. L'étude de la durée de conservation des données fait l'objet d'une stratégie particulière de la part de la CNIL. Certes, par essence, les données biométriques ne se périment pas ou ne deviennent obsolètes. Dès lors, seule la durée d'enregistrement détermine les possibilités d'exploitations et non, comme c'est le cas généralement, une qualité intrinsèque aux données. Partant, la question de la durée de conservation des données au sein de leur base n'est pas soumise au principe de pertinence des données⁸⁹¹ dans la mesure où elles restent pertinentes pour le traitement aussi longtemps que la base de données existe. Ainsi, concernant ses avis sur les traitements biométriques, il est possible de constater que la CNIL considère comme proportionnés des temps de conservation très longs, sans prendre en compte les conséquences en cascade que peut entraîner la conservation de ces données sur des temps aussi long.

336. Enfin, il peut être intéressant de s'intéresser, en négatif à ce que les avis ne précisent pas, ou, pour être plus exact, aux normes non utilisées dans le contrôle des traitements biométriques. Comme l'a remarqué G. Desgens-Pasanau⁸⁹², l'article 10 de la loi informatique et libertés qui interdit qu'une décision produisant des effets juridiques soit prise sur le seul fondement d'un « *traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité* », n'est pas utilisé ni mobilisé dans les visas des avis. Pourtant, le syllogisme qui sert de modèle aux traitements biométriques, ne laisse aucune place à une quelconque appréciation subjective, voire concernant certaines bases de données biométriques, notamment de police, à une quelconque procédure parallèle ou de contestation du fondement même de la base de données. Ainsi, alors que cet article de la loi informatique et libertés aurait pu servir de base à l'interdiction des bases de données biométriques, la CNIL, dans une perspective que nous pouvons qualifier de plus pragmatique, a simplement refusé de faire de cette disposition une norme de référence pour ses avis. D'ailleurs, il est possible de

⁸⁸⁹ J. BOUCHER, Rapporteur public, concl. 26 octobre 2011, req. n° 317827et s.

⁸⁹⁰ Voir. *Supra*.

⁸⁹¹ Article 6 § 3 la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁸⁹² G. DESGENS-PASANAU, « Biométrie Bilan 10 ans après la réforme de la loi de 1978 », Expertises N° 401 - Avril 2015, p. 141.

constater que dans les avis de la CNIL, ce pragmatisme se retrouve puisque loin d'adopter une position de principe qui conduirait à l'abandon ou à la condamnation même symbolique des traitements biométriques, la CNIL n'hésite pas à émettre des recommandations pour améliorer la légalité du fichier et à ne pas s'opposer frontalement dans son avis.

337. Les régimes juridiques applicables aux traitements de données biométriques, tels que prévus par la loi informatique et libertés, autorise (c'est d'ailleurs là leur finalité principale) la comparaison entre une donnée biométrique et une base de données biométriques, contenant des données préalablement enregistrées. Ces dernières sont rattachées à d'autres données, de manière à ce que trouver une correspondance permette d'en déduire une donnée tierce. Comme exprimé précédemment, cette donnée tierce est le plus souvent en lien avec l'état civil de la personne. C'est-à-dire vis-à-vis de l'identité de la personne physique créée par l'État. Et cette base de données *ad hoc* est tant historiquement que juridiquement singulière puisque, première base de données étatique de l'histoire, elle est toujours aussi centrale tant pour son gestionnaire que pour l'ensemble des personnes physiques. En outre, comme finalité apparente du syllogisme biométrique, cette base de données particulière nécessite une étude approfondie. (Section II).

Section 2. Une base de données fondamentale et exceptionnelle : l'état civil

338. L'état civil comme base de données. À la question « qui es-tu ? » La personne répond classiquement par deux éléments aux fonctions opposées : la filiation et l'individualisation ; concrètement le nom et le prénom. Dès lors, pour la personne, l'état civil est le plus souvent considéré comme la transcription de son identité. Très présent en doctrine, cet aspect subjectif de l'état civil est central dans la vie de la personne. Comme le remarque le professeur X. BIOY « *ne pas avoir d'identité, ou ne pas avoir « son identité » mène à l'exclusion et à une construction de soi des plus chaotiques* »⁸⁹³. Néanmoins nous ne nous focaliserons pas sur cet aspect, mais en deçà, nous partirons de l'hypothèse que l'état civil est une base de données spécifique tant par son objet que par ses modalités de constitution. Son objet tout d'abord est singulier car portant sur l'identité. En effet, le caractère impératif de la création d'un état civil⁸⁹⁴ pour toute personne, même en cas d'indétermination substantielle de certaines informations⁸⁹⁵, peut s'analyser comme le corollaire de l'obligation « à l'existence juridique » pour la personne⁸⁹⁶, afin qu'en tant que sujet de droit elle puisse être classiquement le réceptacle de droits et d'obligations. Et le caractère impératif de l'existence juridique de la personne passe nécessairement par une individualisation dont l'identité est la garante. Dans cette perspective, l'état civil ne constitue pas une simple base de données transcrivant l'identité, elle est alors créatrice de l'identité, aucune identité ne pouvant alors être créée sans elle, ou au-delà d'elle.

⁸⁹³ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, vol. 2. Montchrestien, 2011, p. 344.

⁸⁹⁴ Dans cette perspective l'article 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 précise » 1. *Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. 2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible. »*

⁸⁹⁵ J. HAUSER, « Inertitude ab initio sur le sexe: rectification d'état civil », *RTD Civ*, 2001, p. 849.

⁸⁹⁶ Depuis la suppression de la mort civile par la Loi du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile, tout individu vivant à une personnalité juridique.

339. État civil et volonté. Et c'est en partant du caractère objectif de l'identité contenue dans l'état civil que la subjectivité de l'individu doit être considérée comme par principe exclu de la détermination substantielle de l'identité. En effet, tant le principe d'immutabilité de l'état civil en ce qui concerne sa modification que son régime juridique en ce qui concerne sa création, ont pour conséquence principale que la personne est exclue de la détermination de sa propre identité. Toutefois, par exception, un certain nombre de dispositions légales⁸⁹⁷ ou prétoriennes⁸⁹⁸ permettent à la personne de modifier son identité. Cependant, au-delà de sa place anecdotique en ce qui concerne sa détermination, l'intériorisation de ce « matricule alphabétique » est totale chez les personnes physiques. Ces dernières le considèrent même comme fondamental dans la détermination de l'identité. Si ce monopole dans la détermination de l'identité est intériorisé par les individus, il s'agit pourtant d'une fonction stratégique et aujourd'hui consubstantielle de l'État. Et il est possible de trouver une indication de cette fonction stratégique dans l'existence d'un régime juridique complexe et spécial, pour ce qui apparaît au premier abord comme une simple base de données portant sur l'identité. En effet, que ce soit dans la délimitation du cadre que constitue l'état civil ou dans les modalités de son alimentation, celui-ci en tant que base de données d'identité connaît un encadrement juridique singulier.

340. Perspective historique. Partant, ce « *livre constituant un instrument de preuve ou de publicité, parfois doté d'une valeur constitutive sur lequel on note des informations d'un type qui le caractérise et sert généralement à le dénommer et dont la tenue incombe [...] à un service officiel* »⁸⁹⁹, s'inscrit dans une perspective historique singulière, cette dernière se confondant avec l'origine et le développement de l'État moderne. Plus précisément, c'est au moment où la souveraineté de l'État s'affirme et évolue qu'apparaissent les registres d'état civil. Pourtant, pour en revenir au fondement de notre objet, le recours au corps est structurellement absent dans la détermination de l'identité contenue dans les registres. Si cette absence s'explique par l'origine religieuse de ces

⁸⁹⁷ Ainsi, l'article 61 du code civil encadre le changement de nom.

⁸⁹⁸ CEDH, 25 mars 1992, *B c. France.*, n° 13343/87

⁸⁹⁹ Article Registre in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

derniers⁹⁰⁰, elle est confortée par l'utilisation de présomption, héritée du droit romain⁹⁰¹ pour la détermination substantielle de l'identité. Dès lors, la mutation des registres paroissiaux à la Renaissance peut être considérée comme une preuve de l'émergence d'une nouvelle manière de gouverner, connue sous le nom de « biopolitique », qui hâta leur transformation en registres d'état civil. Ce changement n'a pas été la résultante d'une révolution, mais, au contraire, d'une lente évolution historique.

341. Et, s'il est possible de retracer cette généalogie de l'état civil (Paragraphe I), elle ne fait pleinement sens qu'en ce qu'elle permet d'en éclairer l'organisation et le fonctionnement de ses registres (Paragraphe II).

Paragraphe 1 : L'émergence des registres d'état civil

342. État civil et État. « *La problématique des bases de données est inséparable de l'apparition des systèmes d'identification et de surveillance de masse qui s'est développée parallèlement à la constitution de l'État moderne* »⁹⁰². Ainsi, classiquement, il est possible de distinguer dans cette construction découpée autour d'un moment charnière, l'état civil comme institution ecclésiastique opposée à son évolution comme institution de police⁹⁰³. Et si nous constatons que ce moment charnière révélé par le décret du 20 septembre 1792⁹⁰⁴ existe bien et met en place un monopole municipal dans la tenue des registres, il n'est lui-même que le résultat d'une lente évolution qu'il nous appartient

⁹⁰⁰ Comme le remarque J. LE GOFF « ...le corps est méprisé, condamné, humilié. Le salut dans la chrétienté, passe par une pénitence corporelle. Au seuil du Moyen Age, le pape Grégoire le Grand qualifie le corps d' » abominable vêtement de l'âme ». *Le modèle humain de la société du haut Moyen Age, le moine, mortifie son corps. Le port d'un cilice sur la chair est le signe d'une piété supérieure. Abstinence et continence sont parmi les plus fortes vertus. La gourmandise et la luxure sont majeures parmi les péchés capitaux. Le péché originel, source du malheur humain, qui figure dans la Genèse comme un péché d'orgueil et un défi de l'homme lancé à DIEU, devient au Moyen Age un péché sexuel ; Le Corps est le grand perdant du péché d'Adam et Eve Ainsi, revisité. Le premier homme et la première femme sont condamnés au travail et à la douleur, travail manuel ou travail de l'enfantement accompagné de souffrances physiques et ils doivent cacher la nudité de leur corps. De ces conséquences corporelle du péché originel le Moyen Age a tiré des conclusions extrêmes* ». J. LE GOFF, N. TRUONG, *une histoire du corps au Moyen-Age*. Liana Levi éditions.

⁹⁰¹ Au premiers rang desquelles, on retrouve la présomption de paternité contenu dans l'adage, jamais transposé tel quel en droit positif, « *mater semper certa est* ».

⁹⁰² S. PREUSS-LAUSSINOTTE, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cult. Conflits*, vol. 64, 2010. p.75

⁹⁰³ Article « Nom » in D. ALLAND, & S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*. Presses universitaires de France, 2003.

⁹⁰⁴ Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens

de retracer. Ceci non pas pour retracer une histoire des registres d'état civil définitivement séparée du présent, mais, bien au contraire, pour découper les différentes strates qui sont encore le fondement de son régime ou de sa notion. Certes, les différents textes qui ont présidé à sa naissance et à son développement ne se sont pas succédé dans une sorte de « destruction créatrice » ; tout au contraire, l'état civil est une institution singulière car la continuité de son existence implique une histoire linéaire. L'histoire de cet objet n'est pas segmentée, mais résulte, au contraire, d'une création progressive. Partant, concernant les registres d'état civil, deux traits saillants nous semblent importants : organiquement, la compétence étatique que nécessite son usage en tant qu'instrument de police et, matériellement, l'existence d'un processus de renforcement de la standardisation de ses données. Partant, il est possible de distinguer au sein d'un processus historique linéaire, deux éléments majeurs. Ces derniers sont relatifs tout d'abord à la détermination de la compétence pour l'élaboration des registres (Paragraphe 1) puis aux règles structurantes permettant l'élaboration substantielle des registres (Paragraphe 2).

A. L'apparition d'une compétence étatique

343. Monopole de l'Église, les registres paroissiaux déterminent l'existence de la personne sur la scène religieuse, par ailleurs les évolutions de ces registres ont aussi eu pour conséquence une mutation de ses gestionnaires. En effet, si la compétence dans la tenue des registres a changé (A), il est possible de constater que cette dernière évolution a eu de nombreuses conséquences (B).

1. Le développement de la compétence étatique

344. En Occident, l'origine des recensements se confond avec l'origine de la civilisation. Ils visaient cependant à inscrire l'individu dans une lignée⁹⁰⁵, dans une tribu. Ainsi, dans l'Ancien Testament, le livre des nombres commence sur la question du

⁹⁰⁵ Afin d'établir une filiation condition *sine qua non* à la prohibition de l'inceste. Voir notamment, P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission*, Fayard, 1985, p. 408.

recensement des Hébreux par tribu⁹⁰⁶, quand le Nouveau Testament commence quant à lui avec la généalogie de Jésus de Nazareth⁹⁰⁷. Et cette allusion aux testaments n'est pas anodine puisque, concernant la compétence, la prééminence du religieux d'abord, de l'Église par la suite est, en France et jusqu'en 1792⁹⁰⁸, un principe structurant. Néanmoins, comme mentionné précédemment, ce point de rupture n'est pas apparu *ex nihilo* mais au contraire peut être considéré comme une conséquence d'un processus qu'il nous appartient de préciser. En effet, l'état civil tel que nous le connaissons est avant tout le résultat d'un affrontement sur la question de la compétence entre l'État et l'Église (B). Historiquement monopole de l'église, il a fallu, avant même cet affrontement que les finalités poursuivies par l'État mutent pour s'intéresser à l'individualisation de ses sujets, condition *sine qua none* de l'apparition d'un intérêt de ce dernier pour les registres (A).

a. Les conditions d'apparition de l'État moderne

345. L'état est classiquement défini en droit international à partir de trois critères cumulatifs : une population, un territoire et un pouvoir. Néanmoins, comme le remarque Georges Burdeau « *Sur les conditions objectives, il n'y a qu'à peine lieu d'insister. Qu'il n'y ait pas d'État sans territoire, sans population et sans autorité qui commande cela paraît tellement évident que l'opinion commune voit dans ces données les éléments de l'État* »⁹⁰⁹ Et si les théories sur ce dernier sont nombreuses, nous nous attacherons à singulariser au sein de cette définition les rapports qu'entretiennent ces éléments constitutifs entre eux. Plus précisément, nous nous focaliserons sur les mutations de l'objet du pouvoir, précédemment attaché au territoire, mais qui a muté à la Renaissance pour se focaliser sur la population. Cette dernière est alors considérée non plus comme un ensemble, mais comme une somme de personnes dont la préservation de la vie devient en elle-même un enjeu pour le pouvoir. Pourtant, la prise en charge de la gestion des registres de l'état civil n'allait cependant pas de soi, mais découlait de l'émergence de la

⁹⁰⁶ Ainsi, l'évangile selon MATHIEU s'ouvre la généalogie de Jésus depuis Abraham in *Evangile selon MATHIEU* chapitre 1, verset 1.

⁹⁰⁷ Ancien testament, livre des nombres, chapitre 1, verset 3.

⁹⁰⁸ Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens

⁹⁰⁹ G. BURDEAU, *L'Etat*. Éd. du Seuil, 2009. p. 30.

prise en compte intéressée par l'État pour la protection de la vie. Cela a été induit par l'apparition progressive pour l'État d'un intérêt pour la protection de la vie au sens zoologique — c'est-à-dire visant à la protection de la vie du groupe⁹¹⁰.

346. Émergence de la biopolitique. Pour certains auteurs⁹¹¹, dès la Rome antique, la souveraineté entretenait déjà un rapport fondamental et premier avec la vie de la personne. On retrouve des indices de cet intérêt du pouvoir envers la vie de ses sujets, comme il apparaît dans la prérogative royale de les gracier ou au travers des rituels attachés aux peines corporelles dont le déclin dénote bien une mutation de ce pouvoir⁹¹². Ainsi, le pouvoir sur la vie se double-t-il, de manière évidente en cas de crime de lèse-majesté, d'un pouvoir sur le corps, l'atteinte à l'un des corps du Roi déterminant « *l'extrême de la punition imposée au coupable définitivement brisé par le corps qu'il a osé défier* »⁹¹³. Néanmoins, bien que cette peine se soit maintenue tardivement et persiste tardivement sous l'ancien régime comme en témoigne le supplice de Damien pour une tentative de meurtre sous Louis XV⁹¹⁴, on constate que ces rapports entre l'exercice de la souveraineté et son contrôle sur la vie, auraient précédemment évolué. En effet, à l'opposé du caractère congénital des rapports entre le souverain et la vie de ses sujets, certains auteurs se sont attachés à singulariser et dater ces rapports entre le pouvoir et la population (et plus précisément la connaissance de cette dernière). Selon ceux-ci, c'est durant la Renaissance que l'émergence de la « biopolitique » a redessiné la souveraineté.

347. Fonction de la biopolitique. Pour M. FOUCAULT, c'est l'apparition ou du moins l'important développement des épidémies au moyen âge⁹¹⁵ qui a progressivement amené le souverain à s'intéresser non plus uniquement au territoire, mais aussi à sa population. Ce mouvement a hâté le développement du libéralisme, condition *sine qua non* de l'émergence de ce qu'il qualifiera de biopolitique. Il est possible de résumer ce dernier

⁹¹⁰ Voir notamment le second cours de J. DERRIDA, *Séminaire La bête et le souverain*. Galilée, 2008. ; M. DELMAS-MARTY, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *Revue de science criminelle* 2012, p. 495.

⁹¹¹ G. AGAMBEN, *Homo Sacer: Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, 1997, p. 213.

⁹¹² M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*. Gallimard, 1975, p. 318.

⁹¹³ G. VIGARELLO, « *le corps du roi* » in G. VIGARELLO (Dir.) *histoire du corps tome .1*, Seuil, points, p. 426

⁹¹⁴ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*. Gallimard, 1975, p. 9-12.

⁹¹⁵ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population: cours au Collège de France, 1977-1978*. Gallimard, 2004, p. 435.

paradigme à la suite de M. FOUCAULT comme un changement de la fonction de l'État qui passe de « *faire mourir et laisser vivre* » à « *faire vivre et laisser mourir* »⁹¹⁶. Il s'agit là d'une nouvelle théorie de la souveraineté, ou plus précisément de l'apparition d'un « *nouvel art de gouverner* »⁹¹⁷. Néanmoins, si des tentatives de synthèse⁹¹⁸ ou d'utilisation de ce concept⁹¹⁹ dans les discours doctrinaux existent, la relative faiblesse de l'argumentation juridique nous incite à la prudence dans l'utilisation de ces derniers. Ainsi, il est possible d'affirmer *a minima* que cette « *nouvelle tâche* » de « *gouverner les hommes* »⁹²⁰ implique une meilleure connaissance de ces derniers de la part de l'État. Concernant la régulation des épidémies, c'est le passage de l'exclusion qu'impliquait la gestion de la lèpre au contrôle de la population nécessaire à la lutte contre la peste, qui pose le fondement de la biopolitique. La lèpre se transmettant par le contact, l'exclusion des lépreux de la ville était considérée au moyen âge comme la meilleure méthode pour endiguer l'épidémie. Au contraire, en ce qui concerne la peste, les modalités de transmission inconnues sont l'objet de fantasmes⁹²¹ et nécessitent alors un encadrement continu de la vie des citoyens — tout déplacement étant considéré, à juste titre, comme répandant l'épidémie⁹²². Dès lors, la souveraineté s'exerce par la mise en place de mécanismes de « discipline » visant à contraindre les corps des citoyens⁹²³. En effet, ce moment d'émergence de la biopolitique a pour corollaire celui de la reconnaissance du corps comme objet de connaissance. Et si c'est durant le haut moyen âge que, pour la première fois depuis le III^e siècle, apparaissent les premières dissections⁹²⁴ c'est, comme le remarque la Professeure S. HENNETTE-VAUCHEZ « *la renaissance [qui] est un moment*

⁹¹⁶ M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Cours du 17 mars 1976, , Seuil, Gallimard, 1997, p. 213 s.

⁹¹⁷ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique: cours au collège de France (1978-1979)*. Gallimard, 2004, p. 3.

⁹¹⁸ N. THIRION, *Théories du droit: Droit, pouvoir, savoir*. Éditions Larcier, 2011, p. 304.

⁹¹⁹ P. EGEE, « Les chemins de la liberté petite leçon de biopolitique », *Rec. Dalloz*, 2004, p. 647.

⁹²⁰ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population: cours au Collège de France, 1977-1978*. Gallimard, 2004, p. 237.

⁹²¹ Par exemple, l'accusation de l'empoisonnement des puits par les Juifs. Voir notamment. J. Michelet, *Histoire de France, Œuvre complète, Volume 3*, p. 456. Disponible sur Gallica.

⁹²² D. DEFOE, *Journal de l'année de la peste*. Gallimard, 1982, p. 378.

⁹²³ M. MAUSS « les techniques du corps », *Journal de Psychologie*, XXXII, n° 3-4, 15 mars - 15 avril 1936. Communication présentée à la Société de Psychologie le 17 mai 1934. Disponible en ligne.

⁹²⁴ R. MANDRESSI, « *Dissections et anatomie* » In G. VIGARELLO (Dir.) *histoire du corps tome .I*, Seuil, points, p. 327.

décisif de l'histoire de la science anatomique ; la publication des travaux de Vésale (1514-1564) en constitue un moment clef, caractérisant « l'invention du corps dans la pensée occidentale ». »⁹²⁵

348. Conséquence de la biopolitique. Ce nouveau concept de corps est intimement lié à celui de discipline des corps, cher à M. FOUCAULT. Ce dernier se retrouve dans la généralisation des « micros pouvoirs » qui impliquent le développement de règles de plus en plus précises visant à encadrer les comportements des sujets, à « normer les corps » pour reprendre la terminologie de M. FOUCAULT. En outre, ces micros pouvoirs ne seraient guère effectifs sans l'apparition d'un quadrillage minutieux des villes, désormais organisé pour permettre une immixtion toujours plus grande du pouvoir. Dans cette perspective et afin de faciliter la surveillance, le XVI^e siècle voit apparaître les premières villes construites sur plan et non, comme précédemment, au « fil de l'eau »⁹²⁶.

349. Néanmoins, cet intérêt naissant de l'État à la Renaissance pour l'identification des personnes ne s'est pas traduit par un intérêt pour l'identité du corps en tant que tel. Ce dernier est davantage perçu comme un support, c'est-à-dire comme « objet de dressage »⁹²⁷ que comme un vecteur d'identité. Emprisonné dans des références théologiques⁹²⁸, le corps, pourtant support de la vie des sujets est un angle mort pour la vision de l'État qui lui préférera, pendant longtemps, la notion de personne dont l'identité en tant que fiction juridique est plus à même d'être enregistrée⁹²⁹.

350. Ainsi, l'État a eu besoin de s'intéresser à la population non uniquement comme à un ensemble indifférencié, mais comme à une somme d'individus qu'il est alors nécessaire de compter et d'autonomiser. Ce nouvel intérêt ne s'est pas pour autant traduit par un attachement au corps comme vecteur de l'identité, mais au contraire comme support de la discipline. Dès lors, face à ce nouvel intérêt pour l'identification des

⁹²⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi?: une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*. L'Harmattan, 2004, p. 34.

⁹²⁶ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population: cours au Collège de France, 1977-1978*. Gallimard, 2004, p. 237.

⁹²⁷ M. MAUSS, « Les techniques du corps » Article originalement publié *Journal de Psychologie*, XXXII, ne, 3-4, 15 mars - 15 avril 1936. Disponible en ligne.

⁹²⁸ A titre d'illustration la bulle de 1299, du pape Boniface VIII, *detestandae feritis abusum* qui interdit toute dissection du corps humain.

⁹²⁹ Cf. *infra*. p. 263 et s.

personnes, deux méthodes étaient envisageables pour l'État : soit créer un nouveau fichier, soit récupérer dans son giron les fichiers préexistants : les registres paroissiaux.

b. La concurrence des compétences

351. Statut de la Renaissance. Considérer la Renaissance comme moment d'émergence de la « biopolitique » n'est pas sans importance puisque c'est aussi à cette période qu'apparaissent les premiers textes témoignant d'un intérêt de l'État pour les registres paroissiaux. Ces derniers, prévus dans le droit canon, sont rendus obligatoires par l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539⁹³⁰ qui prévoit l'enregistrement des naissances catholiques dans tout le Royaume. Il faudra attendre 1579 et l'ordonnance de Blois pour que les registres paroissiaux enregistrent aussi les mariages⁹³¹. Néanmoins, il convient de se garder de toute reconstruction historique *a posteriori* car l'ordonnance de Blois de 1579 poursuivait une fonction annexe à l'identification des individus : elle avait vocation à simplifier les modalités de preuve, notamment en matière notariale. Cette dernière ne prévoyait par exemple l'enregistrement des décès qu'uniquement dans l'hypothèse d'une succession.

352. Redécoupage des compétences. Toutefois, ce n'est pas cette fonction notariale, mais la volonté de l'État de récupérer les compétences ecclésiastiques qui a entraîné le développement de l'état civil. En ce sens, comme le remarque Gérard Noiriel « *sous l'ancien régime, l'état civil est miné par une contradiction liée à sa double nature, religieuse et civile. C'est indirectement que le pouvoir royal exerce son contrôle sur la tenue des registres.* »⁹³² Conscient de ce double aspect, le pouvoir royal va essayer de supprimer cette contradiction en reprenant à son compte les prérogatives de l'Église. Et, contrairement à ce que peut laisser entrevoir le droit positif, ce n'est pas sous la Convention,⁹³³ mais bien sous la Monarchie qu'a commencé ce redécoupage de

⁹³⁰ Prise par François 1er, cette ordonnance est passée à la postérité, car prévoyant pour la première fois le français comme langue officielle et peut donc être analysée comme un texte visant à renforcer l'État contre les particularismes.

⁹³¹ Ordonnance de Blois, 1579.

⁹³² G. NOIRIEL, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Geneses*, vol. 13, n°1, 1993, pp. 3–28.

⁹³³ « Les municipalités recevront et conserveront à l'avenir les actes destinés à constater les naissances, les mariages, les décès » Article 1 du décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constituer l'état civil des citoyens.

compétences. Effectivement, cette rupture entre l'autel et l'état civil est déjà présente sous l'Ancien Régime, mais dans une perspective différente. L'imbrication des pouvoirs religieux et royaux nécessitant de ce dernier une posture qu'il est possible de qualifier de pragmatique. Certes, cette dernière a consisté non pas à priver le clergé de cette responsabilité, mais, dans un premier temps, à encadrer les modalités d'exécution afin d'éviter de contester « frontalement » la compétence ecclésiastique. Ce faisant, le pouvoir royal est intervenu en ce qui concerne le nombre de registres⁹³⁴, dans la façon de les tenir⁹³⁵ et ira même jusqu'à créer ses propres registres pour des besoins spéciaux⁹³⁶ notamment la conscription.

353. Gestion des armées. Effectivement, concernant les armées, c'est en partant du « souci non seulement d'être informé de la situation exacte de celles-ci, mais encore, quand il s'agit d'armées soldées, de surveiller l'emploi des fonds qui leur sont attribués »⁹³⁷ qu'est prise l'ordonnance du 2 juillet 1716 qui met en place les « contrôles des troupes avec signalement ». Placé sous le contrôle des Majors de régiment et tenu par compagnie, ce fichier parallèle à l'état civil n'avait pas pour vocation exclusive l'enregistrement d'une identité. La lutte contre la fraude et notamment contre la « double paye », était la finalité centrale de ce fichier. Cependant, comme expérience de fichage, la tenue de ces derniers fut exemplaire et est considérée par les généalogistes d'aujourd'hui comme un modèle du genre. Néanmoins, cette expérience de fichage — sectorielle et autonome — de la population organisée par le pouvoir royal, fut la première phase d'une nouvelle évolution des relations entre l'état civil et l'État, ce dernier ne se

⁹³⁴ Il ressort d'un croisement entre les différents édits que sous l'Ancien Régime chaque paroisse devait tenir trois registres distincts : de naissance, de mariage et de mort. Cette tryptique est reprise à l'identique dans le code civil.

⁹³⁵ Voir notamment l'ordonnance d'avril 1667, dite de Saint Germain en Laye, qui organise la tenue des registres en prévoyant notamment leur tenue en double exemplaire ou l'enregistrement sans blanc et continu.

⁹³⁶ « *En Europe, l'enregistrement de ce type d'informations ne concerne initialement que des populations marginales, celles qui sont composées des individus qu'on pourrait appeler les « réprouvés » : Criminels et prisonnier sont les premiers visés* ». V. DENIS, « identifier par le corps avant la biométrie au XIV- -XIX siècles ». In A. CEYHAN, & P. PIAZZA, *l'identification biométrique Champs, acteurs, enjeux et controverses*. Edition de la maison des sciences de l'homme, 2011, p. 27.

⁹³⁷ A. CORVISIER, *Le controle des troupes de l'ancien régime*, Etat-Major de l'armée de terre service historique, 1968, p. 3. Disponible en ligne.

limitant plus uniquement à organiser la compétence de l'Église mais, au-delà, à mettre en place ses propres fichiers.

354. Apport de la Révolution. Suite aux événements révolutionnaires, l'article 7 du titre II de la constitution de 1791 prévoit que par la loi « *pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et [...] désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes* ». Dans un contexte de défiance généralisée vis-à-vis de l'Église, la loi du 20 septembre 1792 concrétisera cette affirmation. En effet, elle prive l'Église de sa compétence au profit des membres du « Conseil général de la commune ». Au-delà d'un simple transfert de compétence entre l'Église et la commune, le décret de 1792 a pour conséquence un accroissement quantitatif important des « catégories » de personnes enregistrées dans l'état civil. Car, désormais, les fidèles d'autres religions, notamment les protestants⁹³⁸, — verront leurs informations enregistrées. Néanmoins, cette sécularisation des registres paroissiaux s'est heurtée à deux obstacles factuels qui viendront en limiter le développement. Le premier tient à la pénurie d'agents compétents pour gérer le fichier nouvellement créé. Cette fonction précédemment dévolue au clergé se trouve mise à mal par le schisme au sein du clergé⁹³⁹ puis par la fuite d'une partie de ce dernier. De plus, afin d'éviter toute concurrence, dès janvier 1793, il est fait interdiction aux ministres du Culte de tenir des registres parallèles. Et les lois du 19 juillet et 12 août 1793 allant même jusqu'à organiser les sanctions applicables aux prêtres dans l'hypothèse d'une opposition soit à la loi sur l'état civil, soit à la loi sur le divorce. En outre, la formation des nouveaux officiers d'État civil est très disparate et il n'est pas rare dans les campagnes que ceux-ci soient analphabètes. Pour remédier à la faible formation des agents, dès 1792 des modèles d'actes sont envoyés dans les mairies, ce qui permet de standardiser les états civils.

355. Limites Cette défiance de l'État envers l'Église en ce qui concerne la tenue des registres se retrouve aussi chez les rédacteurs du Code civil de 1804 comme le remarque Jean Carbonnier concernant le vote de ce dernier qui « *consacrait le transfert à l'État*

⁹³⁸ Pour ces derniers, si l'édit de Nantes avait prévu des dispositions spécifiques concernant l'état civil, sa révocation en 1685, ne contenait en revanche aucune disposition.

⁹³⁹ Entre le Clergé constitutionnel, c'est-à-dire reconnaissant la constitution civile du clergé en date du 12 juillet 1790 et le clergé réfractaire.

laïc d'une fonction qui... était liée à l'accomplissement de cérémonies religieuses. Par la s'explique que le Tribunal [...], vota sans sourciller le titre des actes de l'état civil parce qu'il trouvait une pointe anticléricale, conforme à l'idéologie qu'il avait héritée de la révolution. »⁹⁴⁰ Au-delà de la compétence des agents, la seconde limite à l'essor de l'état civil tient dans la défiance des citoyens envers ce nouvel acte. Dans une France au très fort sentiment religieux, la substitution de l'autel par l'hôtel (de ville) entraîne une certaine retenue des citoyens. En outre, si l'inscription dans les registres paroissiaux n'était que la conséquence de la messe (de baptême, de mariage ou de funérailles), l'inscription à l'état civil est un acte autonome, dénué de lien avec le sacré une simple nécessité de gestion des populations. D'ailleurs, les tentatives de mise en place de cérémonie « laïque », toujours d'actualité⁹⁴¹, ne rencontre pas le succès escompté⁹⁴² et l'établissement de l'état civil devient alors un acte autonome dénué de folklore ou de caractère sacré puisque « pratiqué par un magistrat élu au suffrage universel »⁹⁴³. Un autre élément qui vient renforcer la défiance des citoyens à partir de 1798⁹⁴⁴ tient à l'établissement des listes de conscription à partir de l'état civil. Dès lors, le meilleur moyen d'éviter cette dernière était alors de ne pas être enregistré à l'état civil.

356. Statut du corps. Il résulte de cette évolution historique que si l'État s'est borné dans un premier temps à encadrer les prérogatives paroissiales, il a dans un second temps privé les paroisses de leur compétence à son profit. En effet, dans une attitude pragmatique, les différents régimes ont récupéré les registres paroissiaux plutôt que d'en créer de nouveau *ex nihilo*. Néanmoins cette récupération a été contrariée tant par la qualité des agents désormais en charge des registres que par la défiance des citoyens à

⁹⁴⁰ J., CARBONNIER, *Droit Civil Tome I*, Quadrige. Presses universitaires de France, 2004, p. 471.

⁹⁴¹ A cet égard l'exposé des motifs de la proposition de loi relative au parrainage civil, n°2020, XIV législature est édifiant « *Le parrainage civil et l'histoire de la France sont indéniablement liés. Rappelons-nous, dénommé dans un premier temps baptême républicain, il fut instauré au lendemain de la Révolution française par décret 20 prairial, an II (8 juin 1794) portant sur la compétence des municipalités pour établir les actes d'état civil. À l'époque, le principe de ce nouveau rituel républicain résidait dans l'accompagnement des jeunes citoyens dans leur entrée au sein de la communauté nationale, à l'image de l'accompagnement des jeunes chrétiens dans la communauté des croyants.* ».

⁹⁴² A titre d'illustration la loi du 8 juin 1794 (20 prairial an II) crée un baptême républicain ou parrainage civil

⁹⁴³ R. GUIDONI, « Le parrainage civil : une pratique française revisitée », *Ateliers d'anthropologie*, n°28, 13-Dec-2004.

⁹⁴⁴ C'est la loi Jourdan –Delbrel, du 5 septembre 1798 (19 fructidor an VI) qui prévoit la conscription universelle et obligatoire pour les français entre 20 et 25 ans.

l'égard de ces derniers. Mais c'est dans ce processus d'étatisation puis de sécularisation des registres paroissiaux que l'on peut trouver une explication de la très faible prise en compte du corps dans la définition de l'identité civile. En effet, à la fois sanctuarisé et support du péché pour l'Église⁹⁴⁵, le corps du commun des mortels est considéré comme le support de la chair, ou comme un « *abominable vêtement de l'âme* »⁹⁴⁶, d'ailleurs, la prohibition de la gourmandise⁹⁴⁷ et l'idéal ascétique impliquent pour le corps une négation ou *a minima* une perception comme accessoire de la chair, cette dernière ne pouvant être considérée comme consubstantielle à la personne. Dans cette perspective, aucune prise en compte du corps n'est nécessaire pour déterminer l'identité qui ne porte qu'exclusivement sur l'âme. Et cette « défiance » vis-à-vis du corps se retrouve aujourd'hui dans les modalités d'éditions des registres d'état civil puisque les régimes juridiques de ces derniers préfèrent recourir à des fictions ou des déclarations qu'à des constatations « sur » le corps.

B. Les conséquences de cette nouvelle répartition des compétences

357. Si les ressorts sont quasiment similaires entre la paroisse et la mairie, cette explication géographique n'est que la conséquence de l'évolution historique précédemment expliquée. Cependant, dans la France du XVIIIe siècle, l'identité n'est ni objectivée ni protégée efficacement. Elle se base sur des relations interpersonnelles et ne peut qu'exceptionnellement être prouvée par document. Ce caractère central de l'aspect social dans la détermination de l'identité détermine le droit canon de la tenue des registres paroissiaux toujours modifiés en présence de témoins. De plus, l'enregistrement du baptême ou de la naissance insère cette existence légale ou religieuse dans un jeu de rapports interpersonnels. Dans cette perspective, l'acte n'est que la transcription de la

⁹⁴⁵ « *Mais il est une autre image du corps, tout aussi prégnante et c'est celle de l'homme pécheur. L'église de la Contre Réforme a renforcé la méfiance que le magistère avait déjà manifestée à l'égard du corps[...] Corps déprécié de l'homme pécheur qui s'entend dire sans cesse que c'est le corps qu'il risque de se perdre. Le péché et la peur, la peur du corps de la femme surtout, reviennent comme une litanie sous forme de mises en garde ou de condamnations* » in J. GELIS, « le corps, l'église et le sacré », G. VIGARELLO (Dir.) *histoire du corps tome .I*, Seuil, points, p. 18.

⁹⁴⁶ Selon l'expression du Pape Edouard le Grand. Cité par J. LE GOFF, *du Moyen-Age à l'Europe d'aujourd'hui*, XIV conférences Marc Bloch, Juin 1992. Disponible en ligne.

⁹⁴⁷ G. VIGARELLO, *Les métamorphoses du gras: Histoire de l'obésité. Du Moyen Age au XXe siècle*. Seuil, p. 381.

connaissance personnelle du prêtre ou de l'officier d'état civil et à défaut de celle des témoins.

358. Et lorsque cette connaissance fait défaut, c'est l'ensemble du processus d'identification qui se grippe – la preuve par document ou par déclaration ne permet pas de lutter efficacement contre les usurpations d'identités. Dans le Midi, c'est l'affaire du faux Martin Guerre qui défraye la chronique. Il s'agit d'un cas d'usurpation d'identité sur une très longue durée, par lequel la femme de l'usurpé elle-même fut abusée. Cette affaire est singulière car, bien qu'un grand nombre de témoins confirme l'identité de MARTIN GUERRE, c'est le recours à l'identification corporelle qui scella son dénouement. En effet, la perte d'une jambe lors de la bataille de Saint-Quentin le 10 août 1551 par Martin Guerre est la preuve qui permet de confondre ARNAUD DU TILH — l'usurpateur d'identité. Parfois, ce défaut d'identification est prévu de manière coutumière, Ainsi, en est-il du « droit d'aubaine »⁹⁴⁸, qui consiste en la liquidation des biens d'un étranger mort sans descendance. Mais c'est au regard de ce caractère central de l'aspect social dans la détermination de l'identité qu'est conservé le ressort municipal pour l'établissement de l'état civil. Et même la création des départements⁹⁴⁹, ou plus tardivement d'autres collectivités territoriales, n'a pas radicalement modifié le ressort territorial des fichiers d'état civil.

359. Néanmoins, très tôt dans l'histoire de l'état civil, s'est posée la question de la sécurisation de ces registres. Crainte qui justifie la tenue en double exemplaire des registres, dont une copie est envoyée au début de chaque année dans un autre lieu. En avril 1667, c'est l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye qui organise la tenue d'un double registre d'état civil, le premier, « la minute », servant à l'enregistrement des informations, le second, la « grosse », est une sauvegarde stockée dans un endroit différent – le plus souvent dans le greffe du bailliage – afin d'éviter que l'état civil soit

⁹⁴⁸ « Le privilège le plus remarquable du citoyen par rapport à l'étranger est sa capacité à rédiger un testament et à disposer de ses biens selon le droit coutumier, ou de les léguer à ses proches. L'étranger ne dispose ni de l'un ni de l'autre et ses biens reviennent au seigneur du lieu où il est décédé » J. BAUDIN cité par P. SAHLINS, « Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne . Réponse à Simona Cerutti », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2/2008 (63e année) , p. 385-398

⁹⁴⁹ Cependant pour être totalement exhaustif la délivrance de certaines preuves d'identité est du ressort de la compétence préfectorale.

perdu ou modifié. Cette centralisation des registres ne donne pas pour autant lieu à une fusion de ces derniers, seule leur conservation étant délocalisée.

360. Fichier général de population. Au contraire, plusieurs textes ont, en France, essayé de remédier à cette absence de fichier général de population, soit en proposant sa création⁹⁵⁰, soit de manière induue en fusionnant *de facto* les fichiers d'état civil. Le répertoire national d'identification des personnes physiques, géré par l'INSEE, s'inscrit dans cette perspective car comme le remarque Jean René Lecerf « *plus qu'un fichier des Français, le RNIPP est un fichier de population* »⁹⁵¹. En effet, construit sur les ruines du fichier Carmille, à sa création, par le décret n° 47-834 du 13 mai 1947, ce fichier n'a qu'une fonction statistique. Néanmoins, ses fonctions se sont diversifiées en dehors de tout cadre légal, comme le constate la CNIL « *le NIR a été utilisé d'emblée comme identifiant par la plupart des organismes intervenant dans le secteur de la Sécurité sociale, cette utilisation marquant une extension de la finalité du numéro, aujourd'hui enregistré dans tous les traitements automatisés d'informations nominatives concernant des opérations en relation avec la Sécurité sociale.* »⁹⁵² Néanmoins, cette multiplication des finalités connaît un encadrement *de jure*, la CNIL recommandant « *que l'emploi du numéro d'inscription au répertoire comme identifiant des personnes dans les fichiers, ne soit ni systématique, ni généralisé* »⁹⁵³. Cette prise de position peut sembler superfétatoire, dans la mesure où ces traitements sont soumis aux termes de l'article 25 de la loi informatique et libertés à une autorisation de la CNIL ; il faut cependant, constater que l'existence d'un responsable du traitement personne publique exclut le traitement de ce régime juridique au profit d'un simple avis de l'AAI. Donc, aujourd'hui, cette tentative de limiter l'utilisation du RNIPP par la CNIL est une simple recommandation peu suivie puisque ce type de traitement se multiplie.

⁹⁵⁰ Voir par exemple le Fichier Carmille durant la période de Vichy.

⁹⁵¹J.-R. LECERF., *Identité intelligente et respect des libertés*, Rapport d'information n° 439 (2004-2005), fait au nom de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 29 juin 2005. p 101

⁹⁵² CNIL, Délibération n° 83-058 du 29 novembre 1983 portant adoption d'une recommandation concernant la consultation du Répertoire National d'Identification des Personnes Physiques (RNIPP) et l'utilisation du numéro d'inscription au répertoire (NIR).

⁹⁵³ Idem

361. Aujourd'hui, il est possible de constater que l'état civil possède en France une nature mixte puisqu'en l'absence de fichier de population centralisé, l'état civil est enregistré dans « 36 000 » bases de données – une par commune — tout en étant centralisé grâce à une méta base de données : le Répertoire national d'identification des personnes physiques. Ce dernier contenait en 2013 97,1 millions de personnes fichées⁹⁵⁴. Leurs informations sont accessibles, grâce au numéro INSEE, couramment appelé « numéro de Sécurité sociale » ; il est composé de treize chiffres⁹⁵⁵, dont neuf portent sur des métadonnées. Néanmoins, cet identifiant numérique ne doit pas occulter des identifiants plus anciens et considérés comme consubstantiels à l'identité de la personne : les éléments composant substantiellement l'état civil.

Paragraphe 2 Une détermination substantielle se fondant sur des fictions

362. Inséré entre la déclaration de naissance et de décès, l'état civil a vocation à « graver dans le marbre » l'identité de l'individu. Afin de poursuivre sa fonction première, à savoir l'identification des citoyens, les éléments contenus dans l'état civil doivent être stables, non modifiables et constatables indépendamment de toute interprétation subjective. Ainsi, l'état civil se doit d'être objectif concernant tant la création que la modification de l'identité de la personne. C'est en se fondant sur cet impératif qu'ont été déterminées les règles d'enregistrement des données d'état civil. Toutefois, atténuant ce caractère objectif, l'état civil déterminé substantiellement est composé aujourd'hui d'une majorité d'éléments certes objectifs, mais aussi d'éléments laissant une part aujourd'hui grandissante à la subjectivité.

363. Dès lors, concernant ces données il est possible de distinguer entre les données constatatives et les données déclaratives. Ainsi, ces éléments d'état civil peuvent-ils être

⁹⁵⁴ La différence entre le nombre de fiche et la population française, s'explique par l'absence de suppression des fiches des personnes décédées.

⁹⁵⁵ « Ce numéro d'identification unique de l'individu est formé de 13 chiffres : le sexe (1 chiffre), l'année de naissance (2 chiffres), le mois de naissance (2 chiffres) et le lieu de naissance (5 chiffres). Les 3 chiffres suivants correspondent à un numéro d'ordre qui permet de distinguer les personnes nées au même lieu à la même période ; une clé de contrôle à 2 chiffres complète le NIR ». <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/nir.htm>

systematisés en deux catégories, soit en tant qu'éléments dont la détermination substantielle laisse entrevoir une part de subjectivité (B.), soit au contraire, comme des éléments strictement objectifs (A.).

A. Les éléments objectifs : cadre de l'état civil

364. Au sein de l'état civil, la majorité des éléments enregistrés ne sont en rien déterminés par la volonté des personnes physiques ou, du moins, ces dernières ne peuvent les modifier substantiellement. Toutefois, il est possible de systématiser ces éléments en deux ensembles distincts, en raison de leur fonction pour l'état civil. Dans un premier temps, certaines informations peuvent être assimilées à des « éléments classifiants » dont la fonction exclusive est de permettre l'accès à d'autres données (1). L'existence de ces métadonnées nous permet d'assimiler les registres d'état civil à des bases de données car, au-delà des informations constitutives de l'identité, elles secrètent un certain nombre de données permettant d'accéder à ces dernières. En outre, indépendamment de toute fonction classificatoire, il existe d'autres éléments strictement objectifs car déterminés par un jeu complexe de règles et présomption (2).

1. L'existence d'informations classantes au sein de l'état civil

365. Tout d'abord, la question de la localisation au sein de l'état civil a très tôt été considérée comme déterminante, elle détermine en effet le droit applicable, comme le note le professeur P. OURLIAC « *La fixation du domicile... Essentielle à raison de la diversité des coutumes puisque du domicile dépend la loi fixant par exemple l'âge de la majorité ou les règles applicables à un contrat de mariage ou à une succession* »⁹⁵⁶. Cette interprétation peut être complétée en considérant non plus l'état civil d'un point de vue substantiel, mais d'un point de vue matériel en s'attachant à ses registres. Dans cette perspective, pour l'État, l'enregistrement des éléments d'État civil sert avant tout à « repérer » au sens littéral l'individu. Ces repères, strictement indépendants de la volonté, sont de deux sortes. La première concerne la détermination géographique dans les déclarations et dans les actes déclarés. La seconde, temporelle, vise à inscrire

⁹⁵⁶ P. OURLIAC & J-L GAZZANIGA, *histoire du droit privé français*, Albin Michel, p 200.

l'individu dans un temps donné. Ainsi, s'explique la nécessité de dater tant les déclarations que les éléments déclarés.

366. Ces déterminations spatiales et temporelles sont souvent analysées par le prisme des effets juridiques qu'elles produisent. L'acte de naissance permet de connaître la majorité, la date du mariage, le père, quand celui de décès permet d'ouvrir la succession. Mais, indépendamment de ces effets juridiques, il est possible de considérer ces informations comme un système de classement. C'est-à-dire comme des éléments permettant de retrouver l'identité de la personne. En effet, ces informations peuvent s'apparenter à des informations classantes permettant de retrouver les informations déclaratives. Dans cette perspective, la mention du lieu permet de connaître l'endroit où est conservé le registre, tandis que la date peut s'apparenter pour l'année à un numéro de registre et, pour le détail (mois et jour) à un numéro dans le registre. Dès lors, ces informations constatatives peuvent être interprétées comme un système de classement qui s'apparente à des données sur des données. L'existence de ces « métadonnées » confirmant alors notre hypothèse de départ qui considérait l'état civil comme une base de données.

367. La présence de ces éléments dans les mentions obligatoires et l'intériorisation de ces derniers, considérés par l'individu comme consubstantiels de son identité, nous amène à nous interroger sur l'enregistrement dans les registres d'éléments laissant une place à la subjectivité des personnes. Néanmoins, il est possible de constater qu'à l'exception d'hypothèses particulières⁹⁵⁷ ou très récentes⁹⁵⁸, la volonté de la personne s'efface au profit de la volonté d'un tiers.

2. L'existence d'informations déterminées mécaniquement au sein de l'état civil

368. Nous pouvons constater qu'en ce qui concerne l'état civil, l'encadrement juridique génère automatiquement des données qui sont intégrées dans l'identité de la personne. Cette création de données se base sur une série de déductions ayant pour « moteur » un certain nombre de règles et de présomptions juridiques. Concernant l'agencement de ces

⁹⁵⁷ Notamment les règles concernant le changement de nom.

⁹⁵⁸ Notamment les règles qui concernent le changement de sexe.

règles, c'est le modèle du syllogisme qui sert principalement à déterminer les données. Singulièrement, en ce qui concerne l'état civil, on assiste à une mise en abîme des syllogismes, la conclusion du précédent servant de prémisse majeure au suivant. Ainsi, en partant de la constatation d'une réalité biologique⁹⁵⁹, il existe une présomption irréfragable, héritée du droit romain, connue sous l'adage latin « *mater semper certa est* »⁹⁶⁰. Partant, de cette preuve, notre droit civil considère, par principe, le père comme l'homme marié avec la mère⁹⁶¹ – à l'exclusion de toute détermination biologique. Cette règle héritée du droit canon⁹⁶² se retrouve dans le droit positif. D'ailleurs, la formulation de l'article 312 du Code civil montre qu'au-delà, la biologie n'est pas simplement exclue, elle est niée. Certes, en regroupant l'enfant conçu et l'enfant né pendant le mariage, le Code civil applique cette présomption à deux hypothèses radicalement distinctes. Si le premier cas de présomption semble logique au regard des contraintes biologiques, concernant l'enfant né, en revanche, la présomption nie la biologie, car applicable à un enfant né par exemple le lendemain du mariage.

369. D'ailleurs, c'est en se fondant sur la conclusion du précédent syllogisme que d'autres éléments sont déterminés, par exemple le nom de famille⁹⁶³ ou l'inscription du nouveau-né dans une succession. En outre, au-delà de ces éléments déterminés automatiquement, d'autres éléments peuvent être déterminés par des règles spécifiques. C'est par exemple le cas en ce qui concerne la nationalité de l'enfant dans l'hypothèse où les deux parents possèdent des nationalités différentes ou incompatibles.

⁹⁵⁹ Réalité biologique et non pas vérité biologique, le développement de la fécondation *in vitro*, nous amenant à distinguer, mère génétique et mère biologique.

⁹⁶⁰ Cet adage jamais transcrit dans notre droit positif, irrigue pourtant l'ensemble des dispositions relatives à la maternité et aux interdictions y attachées, notamment la prohibition du recours aux mères porteuses.

⁹⁶¹ Article 312 du code civil « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

⁹⁶² A titre d'illustration, le quatrième concile de Latran en 1215, pose comme principe que le mariage des parents suffit à légitimer un enfant naturel.

⁹⁶³ Article 311-21 du code Civil « Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre [...] »

370. Un autre cas de détermination en cascade d'éléments d'état civil, qui aujourd'hui appartient davantage à l'histoire du droit qu'au droit positif, se trouve dans la détermination du sexe de la personne dans l'état civil. Concernant sa déclaration, tout d'abord, lors de la déclaration de naissance est déclaré un sexe masculin ou féminin. En cas d'impossibilité de déterminer biologiquement le sexe de l'enfant, est inscrit dans le registre le sexe que devrait normalement prendre l'enfant à la fin du processus médical d'assignation sexuelle⁹⁶⁴. Ainsi, l'absence de prise en compte juridique des « *cas biologiquement limites* » implique la mobilisation de fictions juridiques. Ce triomphe de la fiction juridique sur le corps a pendant longtemps eu des conséquences en ce qui concerne la détermination en matière d'état civil de la majorité matrimoniale⁹⁶⁵, ou du mariage⁹⁶⁶. Cette question de l'assignation sexuelle se double juridiquement, depuis 1992⁹⁶⁷, de la question de sa réassignation, qui modifie alors tous les éléments dérivés de cette information.

371. Dès lors, dans cette détermination « en cascade » des informations d'état civil, ce dernier n'a nullement besoin d'un quelconque rapport au réel. Enfermé dans un monde de fiction et de présomption, il n'entretient alors aucun lien avec l'existence matérielle des personnes. Simple application de la loi dite de Hume⁹⁶⁸, cette séparation entre l'état de la personne et l'état de l'être de chair support de la personne est le point de friction entre les tenants de la biologisation du droit⁹⁶⁹ et ceux prônant le maintien du caractère

⁹⁶⁴ Instruction générale de l'état civil n° 288 » *Lorsque le sexe d'un nouveau-né est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication « de sexe indéterminé » dans son acte de naissance. Il y a lieu de conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui apparaît le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur. [...] Dans tous les cas d'ambiguïté sexuelle, il doit être conseillé aux parents de choisir pour l'enfant un prénom pouvant être porté par une fille ou par un garçon.* »

⁹⁶⁵ Cette dernière est fixée à 18 ans pour les deux sexes par la loi n°2006-399 du 4 avril 2006, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

⁹⁶⁶ Le classement de la personne entre homme et femme, n'ayant plus d'effet en ce qui concerne le mariage depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

⁹⁶⁷ CEDH, 25 mars 1992, *B c. France*.

⁹⁶⁸ « *La thèse de Hume est qu'il est logiquement impossible de déduire une proposition appréciative de prémisses neutres. [...] Le langage neutre aurait pour fonction de décrire la réalité [...] alors que la fonction du langage appréciatif ne serait pas de décrire mais de commander* » in « Article être et devoir-être » A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e édition, LGDJ. 1993. p. 262.

⁹⁶⁹ Voir notamment P.-A., TAGUIEFF, « L'eugénisme, objet de phobie idéologique. Lecture française récente », *Espit, La bioéthique en panne*, 1989, p. 99.

normatif du droit⁹⁷⁰. Comme le remarque la Professeure C. LABRUSSE-RIOU « *le recul de la fiction juridique [] prive le droit de son rôle de garde-fou contre les transformations volontaires de l'image juridique du sujet dont l'état est en quelque sorte placé sous condition potestative* »⁹⁷¹. Pour les tenants de ce premier courant, le droit doit « s'adapter » et l'état des personnes est alors une simple « transcription » d'une réalité matérielle mouvante que le droit constate. Dans cette perspective, certains auteurs n'ont pas hésité à qualifier de « *revirement spectaculaire de jurisprudence* »⁹⁷² l'arrêt de la Cour de cassation autorisant le changement de sexe de personnes transsexuelles⁹⁷³. Voire à considérer que ces évolutions remplissent une fonction eschatologique du droit « *fournir les outils d'une vie plus facile, plus libre, plus propice à la réalisation de soi* »⁹⁷⁴. À l'opposé, les partisans de la loi de Hume, aujourd'hui plus minoritaires à cause de l'évolution jurisprudentielle, considèrent que le droit, en tant que « discours normatif », n'a guère besoin de se rattacher au réel puisque les changements de ce dernier ne peuvent impliquer des changements dans le droit. Ainsi, concernant la reconnaissance de la réassignation sexuelle, certains auteurs dénoncent la position de la Cour de Strasbourg en ce qu'« *Elle aussi consiste à se plier au désir des transsexuels et à fournir une caution à leur délire, mais cette fois-ci et plus gravement, plus gravement, dans le symbolique.* »⁹⁷⁵ Dès lors, évoluant dans le monde du devoir être et non de l'être, les fictions juridiques suffisent à déterminer l'état de la personne. Et si le Code civil de 1804 protégeait cette conception, notamment par la mobilisation du principe d'indisponibilité, il est possible de constater que sous les influences croisées du législateur et des prétoires, cette représentation est désormais à amender, notamment par la prise en compte d'éléments biologiques.

⁹⁷⁰ B., EDELMAN, « Génétique et liberté », *Droits*, vol. 13, 1991, p. 31.

⁹⁷¹ C. LABRUSSE-RIOU, *Écrits de bioéthique* : PUF 2007, p.56.

⁹⁷² HENNETTE-VAUCHEZ, S. & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz.p 468.

⁹⁷³ Cass., Ass. Plén., 11 dec 1992, n°91-11.900.

⁹⁷⁴ D. ROMAN, « Droits de l'homme et identité de genre : le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle ? A propos du rapport « Hammarberg », Conseil de l'Europe, 2009 », *Constitutions*, 2010, p. 79.

⁹⁷⁵ P. WARCHMANN & A. MARIENBURG-WACHSMANN, « la folie dans la loi. Considérations critiques Sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme En matière de transsexualisme En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 par P », *Rev. Trimest. des droits l'homme*, vol. 56, 2003, p. 1174.

372. Ainsi, il ressort de ces différents développements que les données objectives contenues dans l'état civil permettent soit de classer les informations soit sont déterminées automatiquement par un jeu complexe de présomptions et de règles de droit. Cette architecture normative a visé pendant longtemps à marginaliser, voire à nier les informations contenues dans le corps. Mais, on peut constater que cet aspect mécanique s'effrite peu à peu au profit d'une place toujours croissante de la volonté de la personne, ou du moins présentée comme telle, dans la détermination de son identité.

B. l'émergence d'éléments déterminés subjectivement

373. Si une part toujours plus importante est laissée à la volonté de la personne dans la détermination de son identité, il est possible de constater que si cette part de subjectivité existe (1), elle est souvent un trompe-l'œil pour de nouvelles formes d'objectivité (2).

1. L'encadrement des noms

374. Le canevas étant dessiné, les éléments qui composent substantiellement la déclaration et donc l'état civil laissent exister quant à eux une part de subjectivité. Cependant l'apparition de cette prise en compte de la volonté est historiquement datée. En effet, il est possible de remarquer deux processus distincts irriguant l'histoire des informations contenues dans l'état civil.

375. Tout d'abord, le passage d'une identification de « groupe » à une identification de la personne. Comme le remarque P. OURLIAC et J.L. GAZZANIGA « *L'existence d'un État suppose qu'il connaisse le nombre de ses sujets [...] Par souci de facilité, l'administration avait longtemps préféré traiter avec les communautés et les corps qu'avec les individus* »⁹⁷⁶ Si l'ordonnance d'Amboise de 1555 interdit le changement de nom, ce n'est que dans un but très limité : empêcher les usurpateurs de Noblesse. Dans une France divisée en trois ordres, c'est l'appartenance à ces derniers que l'État protège plus que l'identité singulière de la personne. D'ailleurs, les révolutionnaires eux-mêmes lient cette appartenance au nom en interdisant tous les titres spéciaux (Monseigneur, Excellence). La République n'est pas en reste puisque au nom de l'égalité républicaine, elle inversera les termes de la précédente citation, pour ne s'intéresser qu'à l'identification

⁹⁷⁶ P. OURLIAC & J-L GAZZANIGA, *histoire du droit privé français*, Albin Michel, p 200

individuelle et de manière très marginale à l'identification de « l'homme situé » pour reprendre l'expression de J. Rivero.

376. Toujours, dans ce processus de précision de l'identification, il est possible de constater que si l'Edit de Nantes⁹⁷⁷ avait prévu des procédures d'enregistrements de l'état civil des protestants, sa révocation en 1685 n'avait prévu aucun dispositif de remplacement, l'État n'étant alors intéressé non par l'enregistrement des individus, mais à celui des groupes. Cependant cette mise en place d'une identification individuelle s'est doublée d'une volonté de l'état de « stabiliser » l'identité de la personne.

377. C'est dans cette perspective et pour encadrer les vicissitudes révolutionnaires que l'article premier de la loi du 6 fructidor an II⁹⁷⁸ précise qu'« *aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénoms autres que ceux exprimés dans son acte de naissance : ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre* », cette dernière obligation venant limiter les effets du décret du 24 brumaire⁹⁷⁹ plus libéral en la matière puisque relatif à la faculté qu'ont tous les citoyens de se nommer comme il leur plaît, en se conformant aux formalités prescrites par la loi. En outre, ce principe d'immutabilité du nom de famille, auparavant assimilé à un nom d'usage⁹⁸⁰, connaît un encadrement juridique spécifique qui trouve sa traduction dans un double niveau de sanction. En effet, si le décret du 6 fructidor an II prévoit classiquement des sanctions contre les personnes qui useraient d'autres noms, il prévoit aussi et de façon novatrice, la destitution des fonctionnaires qui useraient d'autres patronymes pour désigner les administrés.

378. Il ressort de ces développements que l'ensemble des éléments substantiellement contenus dans les registres d'état civil ont été très précisément définis entre la fin de l'ancien régime et la fin de la Révolution. Néanmoins, si ces éléments perdurent, il est possible de constater qu'aujourd'hui l'organisation des registres d'état civil connaît un encadrement juridique spécifique. En outre, si le droit des personnes a évolué pour laisser à la détermination par la personne de sa propre identité, il est possible de constater que

⁹⁷⁷ 30 avril 1598.

⁹⁷⁸ 23 août 1794

⁹⁷⁹ Décret du 24 brumaire an II

⁹⁸⁰ Article « Nom » in D. ALLAND, & S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*. Presses universitaires de France, 2003.

cette prise en compte de la volonté s'est accompagnée d'une biologisation de ces modifications autorisées.

2. La prise en compte d'éléments biologiques dans la modification de l'état civil

379. Question auparavant dissimulée par l'existence des secrets de famille⁹⁸¹, l'adéquation entre la paternité biologique et juridique est un exemple des rapports complexes qu'entretient l'état civil avec le réel, pourtant ce rapport n'a pas été radicalement modifié hors contentieux et plus généralement en l'absence de volonté de changement. Dans ces deux hypothèses il est possible de montrer que la biologie prend de plus en plus de place en ce qui concerne la définition de la vérité et donc de l'identité de la personne. Par exemple, ce n'est qu'au terme d'une lente évolution historique que la présomption de paternité portée par l'article 312 du Code civil a été battue en brèche par l'autorisation de recourir à la biologie et plus généralement aux tests ADN⁹⁸² pour confirmer ou au contraire infirmer les prétentions de paternité. Mais ce recours semblait s'opposer aux grands principes de la preuve en matière civile. En effet, l'article 332 du Code civil⁹⁸³ prévoit que celui qui conteste la filiation doit en amener la preuve. Dès lors, dans certaines hypothèses, le requérant ne pouvait amener la preuve biologique de la paternité d'un tiers, cette dernière était empêchée par l'absence de possibilité de comparer les éléments biologiques. Dans cette perspective, pendant longtemps l'opportunité de l'expertise fut laissée à la libre appréciation de la juridiction⁹⁸⁴, mais, depuis 2000, le

⁹⁸¹ « Le droit ancien n'était guère attaché à la coïncidence des filiations biologique et juridique. La sauvegarde du mariage, [...] justifiait divers mensonges qui permettaient de voiler la vérité » F. TERRE, & D. FENOUILLET, Droit civil les personnes la famille les incapacités, Précis. Dalloz, 2005, p. 365.

⁹⁸² Article 16-11 du code civil » *L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que : 1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; 2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ; 3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées. En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort [...]* ».

⁹⁸³ « La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ».

⁹⁸⁴ En vertu du principe de liberté de la preuve prévu à l'article 310-3 al2 du code civil.

recours « à l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder »⁹⁸⁵. En outre, le recours à ce type de preuve n'est possible que sous réserve du respect des règles de consentement⁹⁸⁶ en matière d'analyse biomédicale. Cette condition est cependant illusoire puisque le juge en application de l'article 11 du Code de procédure civile⁹⁸⁷ peut fonder la preuve de la paternité⁹⁸⁸ sur le refus de la personne de subir des examens médicaux. De plus, seconde atténuation au respect de la volonté de la personne concernant ces examens médicaux, cette prise en compte du consentement a entraîné une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁸⁹, cette dernière faisant primer la recherche de la vérité biologique sur l'absence de consentement du père prétendu. De manière plus générale, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que l'interdiction d'accès aux tests biologiques doit être compensée par des « *moyens alternatifs permettant à une autorité indépendante de trancher la question de la filiation à bref délai* »⁹⁹⁰.

380. En outre, toujours en ce qui concerne les liens de filiation, la disparition de la distinction entre enfant naturel et enfant légitime par l'ordonnance du 4 juillet 2005⁹⁹¹ peut aussi s'analyser comme une prise en compte croissante de la biologie par le droit. La caractérisation de l'enfant comme « légitime » n'était précédemment que la conséquence de l'existence d'un mariage indépendamment de toutes réalités biologiques. Indépendamment des recherches en paternité, l'acceptation de l'inscription des changements de sexe dans l'état civil est aussi l'occasion de réinterroger les rapports entre l'état civil et le réel. Précédemment, nous nous sommes attachés à montrer l'existence

⁹⁸⁵ Cour Cass. Civ. 1^{er} 28 mars 2000. n° 98-12806

⁹⁸⁶ Article 16-3 du code civil « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.* »

⁹⁸⁷ « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.* »

⁹⁸⁸ Voir notamment Cour de Cass. Civ 1^{er}, 7 juin 2006, pourvoi n°03-16204.

⁹⁸⁹ CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08.

⁹⁹⁰ CEDH, 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*. n° 53176/99.

⁹⁹¹ Ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

d'une reconnaissance juridique au changement de sexe en ce qui concerne les personnes transsexuelles, représentant un triomphe de la volonté sur le principe d'indisponibilité de l'état civil⁹⁹².

381. Cependant, cette acceptation n'est pas uniquement une subjectivisation de l'état civil, qui entraînerait un « *épanouissement de la personne, sous réserve d'assimiler celui-ci à l'autodétermination et à la libre disposition de soi* », ⁹⁹³ mais qu'au contraire, cette « liberté » peut être questionnée et constituerait, peut-être, en ce qui concerne la volonté du sujet, une victoire à la Pyrrhus.

382. Certes, contrairement à la position classique de la doctrine qui « *assiste à une privatisation de cette institution [l'état civil], qui tend de plus en plus à être analysée en termes de droit subjectif* » ⁹⁹⁴, il est possible de constater dans les deux exemples précédemment cités que l'objectivité des présomptions n'a pas pour autant laissée place à une plus grande liberté pour les individus, mais bien au contraire, à une objectivité différente que nous pouvons qualifier de biologique. Car nul vent de liberté ne souffle sur la reconnaissance ou la contestation de la filiation ou sur la détermination du sexe de la personne. Dans les deux cas, cette dernière est prisonnière de « sa vérité biologique », le droit n'osant ⁹⁹⁵ plus désormais contredire la vérité scientifique. Et il est même possible d'affirmer, peut-être de manière provocante que la liberté c'est la fiction puisque leur suppression enchaîne l'homme dans un déterminisme biologique. Par exemple, dans la détermination de la filiation, la possibilité (pour la mère) de recourir à des secrets de famille laissait une plus grande part à la détermination subjective de l'identité de l'enfant que sa détermination mécanique par la biologie. Et la question d'accès aux origines, droit conventionnel ⁹⁹⁶ placé dans le champ de la libre détermination de la personne, masque en

⁹⁹² Voir *infra*. p. 101 et s.

⁹⁹³ X. BIOY, « L'identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *RFDC.*, vol. 65, n°1, 2006, p. 92.

⁹⁹⁴ F. TERRE, & D. FENOUILLET, *Droit civil les personnes la famille les incapacités*, Précis. Dalloz, 2005, p. 338. Sur une critique de cette évolution voir notamment : B. EDELMAN, *Sade le désir et le droit*, Carnet, l'Herne. 80 p.

⁹⁹⁵ « *Oser est bien le mot, car face à l'énoncé scientifique, qui après soumission à l'épreuve de la vérification empirique ne peut plus prêter à discussion et faire place au moindre doute, le juriste, quelque eu intimidé par ce terrorisme de la vérité, doit souvent se forcer pour vaincre sa frayeur* » O. CAYLA, « Bioéthique ou Biodroit ? », *Droits*, vol. 13, 1991, p. 9.

⁹⁹⁶ Article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant

réalité l'enchaînement de cette dernière à la vérité biologique. Cette vérité ne constitue pas toujours un progrès, par exemple lorsque la reconnaissance de la filiation est interdite (notamment en cas d'inceste⁹⁹⁷). Alors que, concernant les transsexuels, les différentes juridictions en considérant *a minima* le caractère irréversible d'un traitement et plus généralement en liant le changement à une opération chirurgicale⁹⁹⁸, ne développent pas les champs d'exercice de la volonté, mais au contraire font de la réalité corporelle la cause unique de la modification de l'état civil. En paraphrasant le doyen Savatier, il est possible d'affirmer que, concernant l'état civil, le retard du droit sur les faits n'est pas un simple constat qui ne serait qu'une conséquence d'une temporalité différente. Ce dernier est organisé, l'état civil se transformant alors en simple document d'enregistrement de la réalité biologique.

383. Dans ces développements, il a été montré que le corps, loin d'être déterminant dans la construction de l'état civil, a été nié au profit d'autres éléments objectifs. Cette marginalisation du physique de la personne s'explique par l'histoire de l'état civil, héritage canonique sécularisé tardivement. Néanmoins, depuis quelques années, la conception du corps comme machine a été considérée comme une variable prise en compte dans la modification de l'état civil de la personne ; le principe d'exclusion du corps restant identique en ce qui concerne la création de l'identité. Néanmoins, au-delà de cet encadrement juridique substantiel, nous pouvons nous intéresser à l'encadrement organique des registres, ces derniers connaissant un encadrement juridique spécifique.

384. Il ressort de ces éléments que le régime juridique attaché au fonctionnement des registres d'état civil que ce soit dans ses aspects organiques ou matériels, est totalement autonome par rapport au régime juridique des bases de données. Et si ce régime juridique est pour partie, notamment organique, la conséquence de l'évolution historique des registres, il est possible de constater que ce caractère singulier ou dérogoratoire au droit commun est justifié au regard de son objet : l'identité

⁹⁹⁷ Article 310-2 du code civil » *S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit.* »

⁹⁹⁸ Voir *infra*. p. 101 s.

385. Dans la détermination de cette identité, si un grand nombre de règles viennent limiter les fraudes ou les imprécisions, il est possible de constater que le corps et sa mesure n'ont qu'un rôle marginal dans ce processus. Ce rôle marginal du corps s'expliquant tant par l'origine religieuse des registres, notamment dans leur détermination substantielle que matériellement dans les éléments mobilisés pour lutter contre la fraude dans l'enregistrement de l'identité. Dans cette perspective, indépendamment de toute sécurisation par la mesure du corps, le législateur a fait le choix d'un encadrement baroque des règles procédurales et matérielles tant dans la création de cette identité que dans le contrôle de cette dernière. Cependant, cette création sans référence au corps implique que l'identité est alors considérée comme autonome et privée de tout lien avec le physique de la personne.

386. Néanmoins si dans la détermination de l'identité le corps est exclu, la disparition de la fiche d'état civil et son remplacement par d'autres documents nous interrogent sur la question de la preuve de l'état civil. Au contraire de la détermination première de l'état civil, ces preuves sont aujourd'hui des documents qui ont de plus en plus, voire systématiquement recours aux techniques d'identification biométriques.

Chapitre 2. L'utilisation de la biométrie dans les preuves de l'identité

387. Le régime juridique de la preuve de l'identité est traversé par une contradiction. En effet, si la preuve peut être amenée par tous moyens⁹⁹⁹, cette indifférenciation est précisée par une circulaire¹⁰⁰⁰ qui considère ces derniers comme « *un document officiel sur lequel figure sa photographie ou toutes autres pièces probantes* ». De plus, elle relègue le témoignage puisque ce dernier n'est qu'« *également admissible* ». Dès lors, il appartient à l'État d'organiser la production de ces moyens ou *a minima* de fournir à la personne des moyens à privilégier pour prouver son identité. Et si, de manière sectorielle, le droit régleme les documents pouvant prouver l'identité que ce soit en matières bancaire¹⁰⁰¹, électorale¹⁰⁰² ou routière¹⁰⁰³, ces éléments ne doivent pas masquer l'existence du principe : la preuve de l'identité est libre. Doctrinalement, trop souvent limité par un rapport métonymique, l'identité est alors désignée par ses preuves ; les liens entre l'identité et ces dernières s'effacent au profit d'une centralité de la preuve considérée comme l'identité. D'ailleurs, cette confusion est si prégnante que la distinction est aujourd'hui aussi inexistante pour le législateur¹⁰⁰⁴. Et même en doctrine la question de la preuve est classiquement traitée dans son rapport avec la substance.

388. Mais avant de distinguer, il convient de définir. Considérée par le Littré comme « *Ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait* »¹⁰⁰⁵, la preuve pour l'identité est alors entendue comme la vérité d'une proposition dont l'état civil sert de prédicat. Prouver l'identité, c'est alors prouver l'existence d'une fiction juridique — l'état civil d'un point de vue substantiel. Néanmoins, dès lors que la preuve de l'identité

⁹⁹⁹ Voir notamment l'article 78-1 du code de procédure pénale

¹⁰⁰⁰ Circulaire du 11 décembre 1995 relative aux contrôles d'identité définis à l'article 78-2, quatrième alinéa, du code de procédure pénale et contrôles de titre définis à l'article 67 quater du code des douanes

¹⁰⁰¹ Article I 131-15 du code monétaire et financier.

¹⁰⁰² Article R 60 du code électoral « *Les électeurs des communes de 1 000 habitants et plus doivent présenter au président du bureau, au moment du vote, en même temps que la carte électorale ou l'attestation d'inscription en tenant lieu, un titre d'identité ; la liste des titres valables est établie par arrêté du ministre de l'intérieur. Les assesseurs sont associés, sur leur demande, à ce contrôle d'identité.* »

¹⁰⁰³ Article L221-1 et s. du code de la route.

¹⁰⁰⁴ Rien que l'intitulé de la loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité qui traite de la nouvelle carte nationale d'identité est à cet égard frappant.

¹⁰⁰⁵ E. LITTRÉ, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, p. 1839.

est amenée par recours à la biométrie, la question de son existence est alors intimement liée à « la réalité d'un fait », abolissant alors la distinction des définitions. En effet, c'est en se basant sur une réalité corporelle qu'est déterminé le caractère véritable de la proposition. Ainsi, la preuve biométrique de l'identité est constituée par « *ce qui montre la vérité d'une proposition à partir de la réalité d'un fait* ». Toutefois, si les preuves de l'identité ont connu une mise en place progressive (section I), celle-ci permet d'éclairer leur mise en œuvre (section II).

Section 1. La mise en place des preuves de l'identité

389. « *La fraude à l'identité est aussi ancienne que le besoin d'identification des hommes en société* »¹⁰⁰⁶. Dans cette course entre l'identité et son usurpation, la place de la preuve de l'identité est déterminante. Car ses preuves ne sont pas apparues *ex nihilo*, mais, au contraire, elles sont la résultante d'une évolution historique qui a pour conséquence une segmentation, voire une stratification des mutations de la preuve de l'identité. Et pour étudier ces éléments, la méthode généalogique est apparue la plus féconde. Deux avantages ont permis de choisir cette approche généalogique. Le premier, le plus évident, est relatif à ce que cette méthode permet : singulariser dans l'ensemble des faits des lignes de force, des points d'opposition ou de rupture afin de voir émerger des grands principes. Le second avantage tient en ce que cette méthode permet d'expliquer, non pas uniquement les réalisations positives, les utilisations et les régimes juridiques désormais autorisés, mais aussi, en creux, dans une sorte « d'anti-histoire », les éléments aujourd'hui tombés dans l'oubli, mais qui ont eu une importance dans la construction de la preuve de l'identité — notamment dans l'utilisation de données désormais interdite. Faire la généalogie de l'état civil, c'est donc aussi s'intéresser à ses excroissances fanées, qui éclairent tout autant le tronc principal, constitué par le régime juridique actuel de la preuve de l'identité. Néanmoins, le principal défaut de cette méthode tient en son aspect subjectif ; reconstruction a priori de l'histoire des idées, elle ne peut que constituer un éclairage spécial, segmenté et non exhaustif.

390. Dans cette perspective, il est possible de mettre en évidence deux utilisations successives des preuves d'identité. La preuve est d'abord apparue pour répondre à des

¹⁰⁰⁶ J.-R. LECERF., *Identité intelligente et respect des libertés*, Rapport d'information n° 439 (2004-2005), fait au nom de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 29 juin 2005. p. 17.

besoins spéciaux d'identification (Paragraphe 1) pour, par la suite, être généralisée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une mise en place sectorielle des preuves d'identité

391. Au-delà de l'approche historique « positive » des preuves de l'état civil, il est possible de systématiser un certain nombre « d'expérimentations » c'est-à-dire d'enregistrement de l'identité des personnes pour des fins particulières non réductibles aux finalités de l'état civil. De cette histoire singulière et subjective des « expérimentations », il semble se dessiner trois grandes étapes : l'apparition d'une identification étatique catégorielle, à partir de mesures physiques, dans un fichier centralisé.

392. Si le terme fichier peut sembler anachronique, il est alors entendu comme un ensemble de fiches papier centralisé, mais parfois porté par l'individu lui-même. Ce type de fichier, utilisant des mesures du corps, a été développé par l'État comme institution de police, visant à contrôler essentiellement les déplacements des individus afin de pouvoir profiler des populations cibles¹⁰⁰⁷, réputées dangereuses¹⁰⁰⁸. Là se trouve la distinction fondamentale avec l'anthropologie criminelle, l'identification judiciaire et plus généralement les moyens d'identification réputés de police¹⁰⁰⁹. En effet, pour les personnes appartenant à un groupe et fichés en tant que tel, aucune infraction n'est à relever, ni aucune récidive à éviter. Ces fichiers sont alors dénués de tout lien avec le crime, ils ne servent qu'à constater une identité. Néanmoins cette identification porte davantage sur l'appartenance à un groupe que sur la détermination de l'identité de la personne. Certes, cette utilisation sectorisée à une partie de la population a entraîné l'enregistrement de données spécifiques et servi à l'application d'un régime juridique

¹⁰⁰⁷ A. CEYAN, « Lutte contre le terrorisme : la technologie n'est pas neutre », *Rev. dalloz/IRIS*, vol. n°74, 2009.

¹⁰⁰⁸ M. FOESSEL & A. GARAPON, « Biométrie les nouvelles formes de l'identité », *Esprit*, août-septembre 2006, pp. 165-167.

¹⁰⁰⁹ Voir *supra* p. 350 et s,

dérogatoire. Pourtant, si ces données ou leur traitement n'ont pas été totalement transmises à la postérité, ces utilisations spécifiques renseignent « en creux » sur l'utilisation de l'état civil, sur ses preuves ainsi que sur l'évolution de la conciliation entre l'ordre public et les libertés au sein de l'état civil à travers l'histoire. Dès lors, il a été considéré que, dans l'histoire de l'identification sectorielle, trois moments méritaient de plus amples développements¹⁰¹⁰ Ainsi, il sera question de trois fichiers spécifiques : le livret ouvrier (A), le carnet de circulation (B) et le fichier juif (C).

A. Le livret ouvrier : Une surveillance décentralisée

393. Si, comme l'affirme John Stuart Mill « *produire c'est mouvoir* »¹⁰¹¹, l'État a pourtant cherché pendant longtemps à limiter les mouvements des moyens de production. D'ailleurs, se trouve peut-être dans cette idée l'explication de l'absence de mention de la liberté d'aller et venir dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁰¹². Dans cette perspective et bien avant la révolution industrielle, les ouvriers ont représenté un enjeu sécuritaire pour l'État¹⁰¹³ que ce soit en tant que groupe ou individuellement. Concernant les groupes d'ouvriers, ce sont le décret d'Allard¹⁰¹⁴ et la loi le Chapelier¹⁰¹⁵ qui assureront leur démembrement ; quant aux individus, considérés comme des facteurs d'insécurité et de désordre, il convenait alors d'encadrer leurs déplacements. Pour mettre en place des réglementations de police concernant les ouvriers, il était nécessaire, avant tout de les identifier non pas en tant que personnes, mais spécifiquement et spécialement en tant qu'ouvriers. Et c'est précisément là que se trouve un élément singulier dans

¹⁰¹⁰ Pour autant, il existe d'autres moments importants (codification de la chasse aux sorcières notamment), mais aucun ne constitue une rupture aussi nette dans l'évolution des rapports entre le corps et les preuves d'identité.

¹⁰¹¹ J.-S. MILL, *Principes d'économie politique* cité par A. MATTELART, & A. VITALIS, *Le profilage des populations: Du livret ouvrier au cybercontrôle*. La découverte, 2014, p. 14.

¹⁰¹² Bien que il est possible de constater que dès 1791 la constitution du 3 septembre prévoyait « *La liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu que selon les formes déterminées par la Constitution* ». Ce n'est qu'en 1948 que la liberté d'aller et venir fut expressément mentionnée dans un texte normatif, à savoir la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

¹⁰¹³ L. CHEVALIER, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle*. Perrin, 2007, p. 566.

¹⁰¹⁴ Improprement considéré comme un décret, le décret D'Allard renvoi en réalité aux lois des 2 et 17 mars 1791.

¹⁰¹⁵ Loi le Chappelier du 14 juin 1791

l'histoire de l'identification : l'identité des personnes n'est plus recherchée de façon générale, mais, au contraire, de manière spéciale en ne visant spécifiquement qu'un segment de la population¹⁰¹⁶. L'élaboration de ce document d'identité se définissant par le « rapport de production » de son sujet : les ouvriers. S'il a existé des tentatives antérieures, notamment de 1749 à 1791, c'est la loi du 22 germinal an XI¹⁰¹⁷ complétée par un arrêté du 9 frimaire an XII¹⁰¹⁸, qui met en place le « livret ouvrier ». Présenté matériellement sous la forme d'un livret précisant, outre les éléments classiques de l'état civil, la profession de l'ouvrier ainsi que les références de l'ensemble des « maîtres » pour lesquels l'ouvrier a travaillé. Ce carnet, délivré en mairie, est conçu comme un outil au service de l'employeur pour éviter le « débauchage »¹⁰¹⁹ des ouvriers. Néanmoins, il est aussi et peut être même davantage¹⁰²⁰, un outil de « police » des travailleurs, sa première page rappelant dans cette perspective l'interdiction des corporations d'ouvriers¹⁰²¹. Mais, au-delà de son rôle dans la réglementation du marché du travail, force est de constater que la loi du 22 germinal mettait en place « un outil de surveillance »¹⁰²² double au profit tant des patrons qu'également de la police. D'ailleurs, c'est cette surveillance diffuse qui cristallisera les oppositions jusqu'à la suppression du livret en 1890, les possibilités de surveillance offertes par le livret ouvrier étaient novatrices car décentralisées. Précédemment, les informations d'identité étaient inscrites dans les registres d'état civil et un jeu complexe de relations interpersonnelles couplé à des documents papiers permettait de prouver son identité. Avec son livret, l'ouvrier

¹⁰¹⁶ Si d'autres identifications sectorielles ont préexisté (notamment la rouelle au moyen âge), elles n'étaient pas pour autant l'œuvre de l'Etat.

¹⁰¹⁷ 12 avril 1803

¹⁰¹⁸ 1er décembre 1803

¹⁰¹⁹ Article 12 de la loi du 12 avril 1803 « nul ne pourra [...] recevoir un ouvrier, s'il n'est porteur d'un livret portant le certificat d'acquit de ses engagements, délivré par celui de chez qui il sort »

¹⁰²⁰ « Napoléon, en créant le livret, avait pour but d'empêcher toute tentative de rébellion. C'est principalement une mesure de police, si on y trouve des articles concernant le patron et protégeant l'industrie, c'est pour mieux assurer encore la mainmise sur les ouvriers dont on voulait mater la turbulence. Le livret est pour l'ouvrier un signe d'abaissement et de servitude, c'est un instrument de surveillance et de police et non, comme on a voulu le soutenir, un certificat honorable de sa moralité et de sa capacité » in A. PLANTIER, *Le livret des ouvriers*, Paris, thèse de droit, 1900, p. 68 cité par P.-Y. LEGAL « Le livret ouvrier au XIXe siècle, entre assujettissement et reconnaissance de soi, in D. GAURIER, P.-Y. LEGAL et Y. LE GALL (dir.), *Du droit du travail au droits de l'humanité*. Études offertes à Philippe-Jean Hesse, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2003, p. 92.

¹⁰²¹ Loi le Chapelier 14 juin 1791

¹⁰²² J. ONNO, « histoire du droit du travail », *Les Petites Affiches*, vol. 145, 1999, pp. 16–18.

devient porteur de la preuve de son identité juridique. Toutes personnes habilitées peuvent la constater, sans consulter un fichier central ou sans chercher d'autres preuves d'identité et également sans devoir vérifier les registres d'état civil. Cette obligation de détention¹⁰²³ peut s'analyser *de facto* comme une substitution du livret à l'état civil, la seule identité nécessaire pour l'ouvrier devient justement celle concernant la qualité d'ouvrier.

394. Au-delà de cette substitution, la détention par l'ouvrier de son identité peut s'analyser comme un des premiers systèmes de contrôle diffus de l'identité, par opposition aux systèmes centralisés, représentés alors par les registres d'état civil. L'ouvrier, enfermé dans sa fonction, devient porteur de cette identité.

395. Néanmoins, ce système d'identification tomba peu à peu en désuétude essentiellement pour des raisons pratiques. Par exemple, dans les petites industries, l'illettrisme est présent, tant pour les patrons que pour les ouvriers. En outre, le développement de la fraude¹⁰²⁴ entacha directement la fiabilité et donc l'utilité de ces titres. Dès lors, c'est à partir de cette expérience et de ses limites notamment en ce qui concerne la fraude que le prochain système de fichage sectoriel de la population sera pensé.

B. Le carnet anthropométrique: l'identité par la mesure du corps

396. Tout comme avec le livret ouvrier, l'absence de fichier central se retrouve avec la loi du 16 juillet 1912 visant à encadrer « l'exercice des professions ambulantes et la circulation des nomades », cette loi « *influencée par l'anthropométrie judiciaire [...]* visait un double objectif : le contrôle des populations nomades et une incitation à leur

¹⁰²³ La loi de 1803 prévoyant que « *Tout ouvrier qui voyagerait sans être muni d'un livret Ainsi, visé sera réputé vagabond et pourra être arrêté et puni comme tel* »

¹⁰²⁴ « *Après 1854, les parquets ne mettent pas en œuvre l'action publique, pas plus que les patrons n'utilisèrent l'action civile en dommages et intérêts avant cette date. Du côté des ouvriers, les faux semblent assez répandus. À Roubaix, beaucoup d'ouvriers possèdent plusieurs livrets qu'ils se procurent après un décès, un départ sous les drapeaux ou le départ de l'industrie d'un autre ouvrier. Dans les campagnes il est très facile de se procurer un nouveau livret en faisant valoir une perte ou un vol* ». D. GAURIER, P.-Y. LEGAL ET Y. LE GALL (dir.), *Du droit du travail au droits de l'humanité*. Études offertes à Philippe-Jean Hesse, Rennes, Presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2003, p. 96.

sédentarisation »¹⁰²⁵. Matériellement, ce fichage s'appliquait aux termes de l'article 3 de la loi à « [...], tous individus circulant en France, sans domicile ni résidence fixes et ne rentrant dans aucune des catégories ci-dessus spécifiées, même s'ils ont des ressources ou prétendent exercer une profession. Ces nomades devront être munis d'un carnet anthropométrique d'identité ». Sans s'attarder plus sur l'encadrement juridique des professions ambulantes et des nomades, c'est ce carnet anthropométrique obligatoire pour les nomades qui est le principal apport de ce nouveau fichage. En ce sens, ce carnet, obligatoire à partir de 13 ans, se sert pour la première fois d'une succession de mesures des caractéristiques corporelles¹⁰²⁶ afin de s'assurer de l'identité du nomade. D'ailleurs, leur multiplication et l'absence de lien « biologique » entre ces mesures impliquent pour la première fois une recherche scientifique de la preuve de l'identité, car basée sur des calculs de probabilités. De plus, au-delà du fichage des éléments anthropométriques, le carnet « comporte une partie réservée aux mesures sanitaires et prophylactiques auxquelles les nomades sont assujettis »¹⁰²⁷. Car derrière l'identification du nomade se posent des interrogations en matière de santé publique, le nomade étant alors considéré comme un vecteur de maladie.

397. Les rapports entre finalité d'identification de la personne en tant qu'individu et identification de la personne en tant que nomade méritent de plus amples développements. Deux hypothèses peuvent être dégagées, soit l'identification de la personne prime l'identification de la personne en tant que nomade, soit la catégorisation est plus importante que l'individualisation. Partant, il faut avant tout constater l'étonnante précision du décret de 1913 concernant les mesures du corps. Dans cette perspective son article 8 prévoit que « le signalement anthropométrique indique notamment la hauteur de la taille, celle du buste, l'envergure, la longueur et la largeur de la tête, le diamètre

¹⁰²⁵ P. HERISSON, *Gens du voyage : pour un statut proche du droit commun*, rapport remis au premier ministre, juillet 2011, p.1.

¹⁰²⁶ Ainsi, l'article 8 du décret du 16 février 1913 précise « le carnet anthropométrique porte les nom et prénoms, Ainsi que les surnoms sous lesquels le nomade est connu, l'indication du pays d'origine, la date et le lieu de naissance, ainsi que toutes les mentions de nature à établir l'identité. IL doit, en outre, recevoir le signalement anthropométrique qu indique notamment la hauteur de la taille, celle du buste, l'envergure, la longueur et la largeur de la tête, le diamètre bizygomatique, la longueur de l'oreille droite, la longueur des doigts medius et auriculaire gauches, celle de la coudée gauche, celle du pied gauche, la couleur des yeux : des cases sont réservées pour les empreintes digitales et pour les deux photographies (profil et face) du porteur du carnet.... Il n'est pas établi de carnet d'identité pour les enfants qui n'ont pas treize ans révolus »

¹⁰²⁷ E. FILHOL, « La loi de 1912 sur la circulation des « nomades » (Tsiganes) en France », *Rev. Eur. Migr. Int.*, vol. 23, n°2, 01-Oct-2007, pp. 135–158.

bizygomatique, la longueur de l'oreille droite, la longueur des doigts médus et auriculaire gauches, celle de la coudée gauche, celle du pied gauche, la couleur des yeux : des cases sont réservées pour les empreintes digitales et pour les deux photographies (profil et face) du porteur du carnet ». Dès lors, si tant de moyens, novateurs pour l'époque sont utilisés pour identifier la personne, nous serions naturellement tentés de penser qu'on retrouve là la fonction finale de ce fichage : l'identification de la personne physique. Néanmoins, l'obligation faite aux nomades de détenir un carnet, ainsi que de façon plus subsidiaire les mentions prophylactiques inscrites dans ce dernier, semblent démontrer que l'identification de la personne ne sert qu'à s'assurer de l'identité du porteur du carnet, éléments permettant une identification de la personne en tant que nomade. Dans cette perspective, c'est la détention du carnet qui détermine le régime juridique spécial. De manière plus générale, comme le remarque le Professeur E. Picard « *la police administrative, [...] est toujours en droit, en principe, de vérifier si ces lois ou règlements sont respectés. Or, certaines de ces normes imposent la possession de certains documents à certaines personnes, celles qui exercent telle profession, qui ont tel état ou se livrent à telle activité (brocanteurs, nomades, voyageurs franchissant une frontière, etc.). C'est là un moyen indirect de contrôler l'identité de ces personnes et d'y procéder en dehors des conditions restrictives posées par le code de procédure pénale pour les contrôles d'identité.* »¹⁰²⁸ Pour synthétiser, l'identification de la personne n'est que supplétive face à l'identification du nomade attesté par le carnet anthropométrique, le caractère anthropométrique de ce dernier permettant, au-delà d'une simple identification, de limiter les fraudes. L'anthropométrie n'est alors pas utilisée pour identifier la personne physique, mais pour « enfermer » la personne dans la catégorie de nomade, sans que cette dernière puisse nier cette classification car inscrite dans sa chair.

398. Néanmoins, il est possible de constater que ce fichage était encadré dans un double jeu de détermination objective tenant tant aux personnes fichées qu'aux caractéristiques fichées. Tout d'abord, contrairement aux fichages mis en place ultérieurement, le critère de fichage n'était ni racial ni religieux, mais constitué par l'absence de vie sédentaire. Dès lors, il faut constater que si ce fichage a entraîné *de facto* un fichage d'un groupe

¹⁰²⁸ E. PICARD « La police et le secret des données d'ordre personnel en droit Français », *Rev. Sci. criminelle*, n°1, 1993, p. 275.

ethnico-culturel, les gens du voyage, il est remarquable que le législateur s'est gardé de toute mention de la race¹⁰²⁹. Dès lors, *de jure*, ce fichage ne peut s'apparenter à « *une exclusion tenant à la race* » pour reprendre – anachroniquement – la formule de M. WALINE¹⁰³⁰. Second élément, il s'agissait de caractéristiques corporelles objectives dont la vérification des mesures permettait de s'assurer de l'identité. Il s'agit alors d'une véritable nouveauté, l'État se servant d'élément « existant » et ne cherchant plus à créer des signes d'identité. Ainsi, contrairement à la marque au fer rouge dont la pratique ne fut supprimée qu'en 1832¹⁰³¹, pour la première fois la loi de 1912 s'intéresse aux caractéristiques corporelles préexistantes chez les individus. En outre, ce fichage était encore décentralisé puisqu'il appartenait au nomade de posséder et de mettre à jour son carnet.

399. La loi du 16 juillet 1912 fut remplacée par la loi du 3 janvier 1969¹⁰³², cette dernière supprima le carnet anthropométrique au profit d'un triptyque : Livret spécial de circulation¹⁰³³, livret de circulation¹⁰³⁴ et carnet de circulation¹⁰³⁵. Ces trois fichages ont

¹⁰²⁹ D'ailleurs, dans son contrôle de la Loi de 1979, le Conseil Constitutionnel a considéré « *qu'en imposant à toutes ces personnes d'être munies d'un titre de circulation, le législateur a entendu permettre, à des fins civiles, sociales, administratives ou judiciaires, l'identification et la recherche de ceux qui ne peuvent être trouvés à un domicile ou à une résidence fixe d'une certaine durée, tout en assurant, aux mêmes fins, un moyen de communiquer avec ceux-ci ; que ces dispositions sont fondées sur une différence de situation entre les personnes, quelles que soient leurs nationalités et leurs origines, qui ont un domicile ou une résidence fixe de plus de six mois et celles qui en sont dépourvues ; qu'ainsi la distinction qu'elles opèrent repose sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur ; qu'elles n'instituent aucune discrimination fondée sur une origine ethnique* » Conseil Constit., Décision n° 2012-279 QPC du 05 octobre 2012, M. Jean-Claude P. [Régime de circulation des gens du voyage].

¹⁰³⁰ Cité dans D. GROS, « Le "statut des juifs" et les manuels en usage dans les facultés de Droit (Partie 2) », *Cult. Conflits*, n°09–10, 16-Jan-2002.

¹⁰³¹ Loi du 31 août 1832

¹⁰³² Loi n° 69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe.

¹⁰³³ L'article 2 de la loi n°69-3 précise « *Les personnes n'ayant ni domicile ni résidence fixes de plus de six mois dans un État membre de l'Union européenne doivent être munies d'un livret spécial de circulation délivré par les autorités administratives. Les personnes qui accompagnent celles mentionnées à l'alinéa précédent et les préposés de ces dernières doivent, si elles sont âgées de plus de seize ans et n'ont en France ni domicile, ni résidence fixe depuis plus de six mois, être munies d'un livret de circulation identique. Les employeurs doivent s'assurer que leurs préposés sont effectivement munis de ce document, lorsqu'ils y sont tenus.* »

¹⁰³⁴ Aux termes des articles 3 et 4 de la loi n°69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe.

¹⁰³⁵ Aux termes de l'article 5 de la loi n°69-3 du 3 janvier 1969 relative à l'exercice des activités ambulantes et au régime applicable aux personnes circulant en France sans domicile ni résidence fixe.

été critiqués notamment par la HALDE¹⁰³⁶, en raison tant des peines encourues en cas de non-respect des obligations que de la discrimination en matière de droit de vote. Un rapport parlementaire, porté par le sénateur P. HERISSON¹⁰³⁷, proposa la suppression de ce statut dérogatoire. Mais cette disparition n'a pas été l'œuvre du législateur, mais celle du Conseil constitutionnel qui, par sa décision QPC du 5 octobre 2012¹⁰³⁸, déclara la loi du 3 janvier 1969 inconstitutionnelle pour partie. Car le juge de la rue Montpensier considère notamment que la distinction entre livret et carnet de circulation viole le principe d'égalité et que le régime dérogatoire imposé en matière de droit de vote des nomades n'est pas justifié. Néanmoins, la position du Conseil constitutionnel peut être qualifiée d'ambiguë car comme l'a remarqué C. NIVARD « *s'il condamne le carnet de circulation, titre le plus contraignant imposé aux personnes au mode de vie itinérant ne percevant pas de ressources régulières, les autres titres de circulation sont validés.* »¹⁰³⁹, justifiant alors les atteintes à la liberté de circulation. Ces dernières sont justifiées par le Conseil constitutionnel qui considère « *qu'en imposant à toutes ces personnes d'être munies d'un titre de circulation, le législateur a entendu permettre, à des fins civiles, sociales, administratives ou judiciaires, l'identification et la recherche de ceux qui ne peuvent être trouvés à un domicile ou à une résidence fixe d'une certaine durée, tout en assurant, aux mêmes fins, un moyen de communiquer avec ceux-ci ; [...] ; qu'ainsi la distinction qu'elles opèrent repose sur des critères objectifs et rationnels en rapport direct avec le but que s'est assigné le législateur ; [...] que l'atteinte portée la liberté d'aller et venir qui en résulte est justifiée par la nécessité de protéger l'ordre public et proportionnée à cet objectif ;* »¹⁰⁴⁰

400. En synthèse, il est possible d'affirmer que ce fichage des nomades représente une évolution du fichage des ouvriers. Tout d'abord, la fonction assignée au document est différente, ainsi, la fonction première du carnet anthropométrique n'est plus simplement d'identifier la personne afin de garantir un contrat, mais, au contraire, d'identifier la

¹⁰³⁶ HALDE, Délibération n°2007-317 du 17 septembre 2007 et n°2009-143 du 6 avril 2009

¹⁰³⁷ P. HERISSON, *Gens du voyage : pour un statut proche du droit commun*, rapport remis au premier ministre, juillet 2011, p. 60.

¹⁰³⁸ Conseil Constit., Décision n° 2012-279 QPC du 05 octobre 2012, M. Jean-Claude P. [*Régime de circulation des gens du voyage*].

¹⁰³⁹ C. NIVARD, « La situation des Roms et des gens du voyage en France saisie par le Conseil de l'Europe », *Revue des droits et libertés fondamentaux* - N° 2013-25.

¹⁰⁴⁰ Considérant 18 Conseil Constit., Décision n° 2012-279 QPC du 05 octobre 2012, M. Jean-Claude P. [*Régime de circulation des gens du voyage*].

personne appartenant à un groupe et de s'assurer de cette appartenance. De plus, cette évolution se retrouve aussi dans les moyens utilisés au sein du document pour prouver l'identité constituée par la simple détention du carnet pour les ouvriers ; concernant les nomades et c'est là le principal apport, la preuve est amenée par la mesure de leurs corps.

401. Dès lors, il est possible d'interpréter ce fichage *de facto* anthropologique d'une catégorie de population comme le chaînon manquant entre le fichage d'une partie de la population et le fichage centralisé d'une partie de la population en raison de l'existence supposée d'un marqueur biologique ou corporel.

C. Le fichier juif : la centralisation du fichage

402. Le « fichier juif » se singularise-t-il dans l'histoire de l'identification par deux éléments d'égale importance. Tout d'abord, bien que ni anthropométrie ni biométrie, sa fonction fût l'enregistrement d'une race réduite à une perspective biologique et héréditaire. Par ailleurs, il s'agit là du premier fichier centralisé séparé de l'état civil utilisant néanmoins à partir de 1942 ses preuves, notamment au travers de la mention « juif » sur les cartes d'identité.

403. Partant, si le carnet anthropologique permettait *de facto* un fichage « racial » selon la terminologie de l'époque, quelques années après un tel fichage fut organisé *de jure*. En effet, la question de l'identification des juifs se posait pour les tenants du III Reich et leurs collaborateurs à un double niveau. Tout d'abord, l'identification devait permettre de reconnaître les membres du culte israélite ; dans un second temps, cette reconnaissance permettait la mise en place d'un droit d'exception dérogatoire. Concernant la reconnaissance du « Juif », elle s'est très vite heurtée à l'absence de traits distinctifs, ce qui justifiera la mise en place d'un signe distinctif non corporel : l'étoile jaune¹⁰⁴¹. Mais avant même cette reconnaissance sociale, la mise en place d'un fichier centralisé va permettre un traitement généralisé et systématique. Ainsi, si la fonction de l'étoile jaune (la reconnaissance sociale) l'écarte de notre objet, les modalités de

¹⁰⁴¹ 8^{ème} ordonnance Allemande du 29 mai 1942.

constitution du fichier l'en rapprochent, eu égard en premier lieu à la définition d'une personne comme juive.

404. La question de la définition du Juif comme catégorie juridique a connu une évolution à deux temps en droit français. Un premier texte accordant la nationalité française aux « *israélites indigènes des départements d'Algérie* »¹⁰⁴², le décret Crémieu¹⁰⁴³ de 1870, ne comportait aucune référence au critère de définition de la catégorie « d'Israélite ». Tout au plus pouvons-nous constater qu'un décret similaire fut pris ultérieurement concernant les « indigènes musulmans »¹⁰⁴⁴. Partant, il semblerait que les critères de définition étaient exclusivement culturels et sociaux à l'exclusion de critères raciaux.¹⁰⁴⁵ De plus, la question de la définition ne se posait pas alors avec la même acuité car règle d'état civil garantissant l'égalité des droits, il est douteux d'imaginer un nombre élevé de contentieux. Cette absence de contentieux s'explique aussi par la nature embryonnaire du contentieux administratif avant son attribution au Conseil d'État.

405. Au contraire, en 1940, comme le remarque le Professeur Lochak « *l'identification juridique des Juifs posait un problème, ou plutôt un ensemble de problèmes particulièrement délicats à résoudre et d'autant plus importants que leur solution conditionnait l'application de l'ensemble de la législation antisémite* »¹⁰⁴⁶. Se parant d'une certaine objectivité de façade, la loi du 3 octobre 1940 considère la filiation notamment par les grands-parents¹⁰⁴⁷ comme critère de la qualification de « Juif ». Dans cette perspective héréditaire, il existe une race juive, objectivement constatable

¹⁰⁴² « *Les israélites indigènes des départements de l'Algérie sont déclarés citoyens français ; en conséquence, leur statut réel et leur statut personnel seront, à compter de la promulgation du présent décret, réglés par la loi française, tous droits acquis jusqu'à ce jour restant inviolables. Toute disposition législative, tout sénatus-consulte, décret, règlement ou ordonnances contraires, sont abolis* »

¹⁰⁴³ Décret, n° 136 du 24 Octobre 1870, qui déclare citoyens français les Israélites indigènes de l'Algérie.

¹⁰⁴⁴ Décret, n° 137 du 24 octobre 1870, sur la Naturalisation des Indigènes musulmans et des Étrangers résidant en Algérie.

¹⁰⁴⁵ Cependant, le mot « race » dans son sens actuel est d'emploi anachronique pour un texte de 1870, malgré cela il est à même d'éclairer la distinction et a donc été choisi pour cela.

¹⁰⁴⁶ D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, p. 252

¹⁰⁴⁷ Article 1 « *Est regardé comme juif pour l'application de la présente loi, toute personne issue de trois grands-parents de race juive ou de deux grands-parents de la même race, si son conjoint lui-même est juif.* »

indépendamment de tout aspect subjectif d'appartenance. Néanmoins, cette définition laissait en suspend l'épineuse question de la définition des grands-parents comme juifs. Élément pourtant fondamental puisque permettant en l'absence de précision une mise en abîme permanente des critères – impensable pour les promoteurs des législations antisémites — puisque conduisant à la disparition logique de la catégorie¹⁰⁴⁸. Aussi est-ce pour remédier à ces problèmes que la loi du deux juin 1941 précise dans son article 1 qu'» Est regardé comme juif : 1. Celui ou celle appartenant ou non à une confession quelconque, qui est issu d'au moins trois grands-parents de race juive, ou de deux seulement si son conjoint est lui-même issu de deux grands-parents de race juive. Est regardé comme étant de race juive le grand-parent ayant appartenu à la religion juive ; 2. Celui ou celle qui appartient à la religion juive, ou y appartenait le 25 juin 1940 et qui est issu de deux grands-parents de race juive. La non-appartenance à la religion juive est établie par la preuve de l'adhésion à l'une des autres confessions reconnues par l'État avant la loi du 9 décembre 1905 ». Ainsi, la définition purement raciale se voit complétée par un élément subjectif : la non-adhésion « à une des autres confessions reconnues par l'État avant la loi du 9 décembre 1905 ». Cette date du 9 décembre 1905 n'est en rien aléatoire, mais au contraire marque la séparation des Églises et de l'État¹⁰⁴⁹ et la fin du contrôle de ce dernier. Si ces critères de définitions ont donné lieu à quelques travaux de doctrine dans les années quarante, il faut constater avec le professeur Lochak¹⁰⁵⁰ que ces travaux « positivistes », avaient entre autres pour fonction induite, quand elle n'était pas clairement assumée, de légitimer le droit antisémite de Vichy.

406. Une fois la définition donnée, la question de son utilisation en droit positif s'est posée tant en matière de fichage que d'identification de la personne ou des biens « juifs ». Ces deux questions étant liées dans le droit positif puisque l'ordonnance allemande du 27 septembre 1940 prévoit la double obligation de déclaration en préfecture pour les

¹⁰⁴⁸ Si une personne pour être considérée comme juive doit avoir trois grands-parents juifs ; ces grands-parents pour être considéré comme juifs doivent alors avoir eux-mêmes trois grands-parents juifs, qui eux même doivent avoir trois grands-parents juifs... etc. Cette mise en abîme de la définition, implique de remonter à un temps ou l'état civil n'existant pas, le juriste est alors face à une alternative soit poser une présomption qui n'est pourtant pas légalement prévue, soit considérer qu'en l'absence de cette présomption et en redescendant dans l'arbre généalogique, il ne peut y avoir de personnes rentrant dans la catégorie juridique de « juif ».

¹⁰⁴⁹ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat.

¹⁰⁵⁰ D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, p. 252

personnes considérées comme « juives », ainsi que la mise en place de panneaux indicatifs devant les magasins tenus par des juifs. En cas de refus d'enregistrement, cette ordonnance prévoyait dans son § 6 que « *Les contraventions à la présente ordonnance seront punies d'emprisonnement et d'amende ou d'une de ces deux peines. La confiscation des biens pourra être prononcée.* » Ainsi, les modalités de constitution de ce fichier sont singulières puisque reposant sur une déclaration de la personne fichée dont le refus est pénalement sanctionné. Et ce n'est qu'en 1942, par la 8e ordonnance allemande que sera mise en place l'obligation de porter l'étoile jaune pour les personnes ayant précédemment été enregistrées dans le fichier juif, dit « fichier Tullard », d'après le nom du sous-directeur du service des étrangers et des affaires juives à la préfecture de police de Paris de l'époque.

407. Au sein de ce fichier, chaque fiche contenait, outre les données d'état civil, la nationalité, la profession, la situation de famille ainsi que la durée ininterrompue de séjour en France. Si à l'enregistrement une pièce d'identité semble obligatoire, il n'est fait nulle mention de l'utilisation de données anthropométriques ou de photographie pour lutter contre la fraude. Face à cette absence d'utilisation de moyens de reconnaissance par la mesure du corps, il est possible de formuler deux hypothèses explicatives. La première tient à la relation que ce fichier entretenait avec d'autres fichiers. Ainsi, il est possible de supposer que cette absence est due à la généralisation de la carte d'identité avec photographie et signalement en octobre 1940. Néanmoins, cette hypothèse n'est pas pleinement satisfaisante car, concernant les cartes d'identité, ce n'est qu'en 1942 que la mention « juif » deviendra obligatoire, entraînant une fusion *de facto* entre le fichier Tullard et les preuves d'état civil. La seconde hypothèse explicative tient à la fonction du fichier, directement hérité de la fonction de la loi du 3 octobre 1940. Le fichage des « juifs » avait pour but de leur interdire l'accès à un certain nombre d'emplois¹⁰⁵¹ et

¹⁰⁵¹ A titre d'illustration l'article 2 de la loi du 3 octobre 1940 prévoyait « *L'accès et l'exercice des fonctions publiques et mandats énumérés ci-après sont interdits aux Juifs : 1° Chef de l'État, membre du gouvernement, Conseil d'État, Conseil de l'Ordre national de la Légion d'honneur, Cour de Cassation, Cour des comptes, Corps des Mines, Corps des Ponts et Chaussées, Inspection générale des Finances, Cours d'appel, Tribunaux de première instance, Justices de Paix, toutes juridictions d'ordre professionnel et toutes assemblées issues de l'élection ; 2° Agents relevant, du, département des Affaires étrangères, secrétaires généraux des départements ministériels, directeurs généraux, directeurs des administrations centrales des ministères, préfets, sous-préfets, secrétaires généraux des préfectures, inspecteurs généraux des services administratifs au ministère de l'Intérieur, fonctionnaires de tous grades attachés à tous services de police ; 3° Résidents généraux, gouverneurs généraux, gouverneurs et secrétaires généraux des*

non de les identifier en tant que personnes. Dans cette perspective, ce fichier a été constitué comme un fichier attaché à la fonction publique et non comme un fichier d'identification et ce n'est que plus tardivement que ce fichier fut « récupéré » pour des opérations de police. Il résulte de cette seconde hypothèse que la finalité du fichier aurait progressivement évolué, passant d'une fonction limitée au droit du travail et plus généralement aux rapports de droit privé, à celle beaucoup plus générale d'identification.

408. Matériellement, ce fichier mécanique était composé de quatre systèmes de classement (alphabétique, par nationalité, par profession et par domicile) et contenait environ 600 000 fiches, pour un total de 149 734 personnes fichées. Ce « *Grand fichier établi par la préfecture de police en octobre 1940* » servit, les 16 et 17 juillet 1942, à la « rafle du Vel d'hiv ». En effet, chaque policier impliqué dans l'opération « Vent printanier » recevait par avance une liste des Juifs qu'ils avaient mission d'arrêter¹⁰⁵², ces derniers étaient donc connus d'avance. Si les résultats de cette rafle sont connus¹⁰⁵³, il s'agit de la première utilisation d'envergure d'un fichier centralisé pour mener à bien une opération de police.

409. Ultérieurement, ce fichier a connu une « troublante » postérité car, quoique officiellement détruit suite à la circulaire Depreux du 6 décembre 1946¹⁰⁵⁴, il semble avoir été conservé dans des archives et découvert en novembre 1991 par Serge Klarsfeld. Il s'en suivit une controverse, portant sur l'existence du fichier juif et la nature réelle du fichier découvert, les uns considérant qu'il s'agit du fichier Tullard¹⁰⁵⁵, alors que la position officielle considère au contraire qu'il s'agit d'autres fichiers¹⁰⁵⁶. Au-delà de la controverse d'historiens, cette découverte intéresse juridiquement car elle implique en creux deux séries d'interrogations. La première, la plus évidente, est la conservation *ad vitam aeternam* d'un tel fichier et bien après la disparition des personnes a

colonies, inspecteurs des colonies ; 4° Membres des corps enseignants ; 5° Officiers des Armées de terre, de Mer et de l'Air ; 6° Administrateurs, directeurs, secrétaires généraux dans les entreprises bénéficiaires de concessions ou de subventions accordées par une collectivité publique, postes à la nomination du Gouvernement dans les entreprises d'intérêt général. »

¹⁰⁵² Instructions de M. HENNEQUIN, directeur de la police municipale, aux agents de police lors de la Rafle du Vél' d'Hiv' Paris, 16-17 juillet 1942

¹⁰⁵³ Sur les 25000 attendus, « seulement » 13152 personnes sont arrêtées.

¹⁰⁵⁴ Cette circulaire vise la suppression de « *tous les documents fondés sur la qualité de juifs* » en application de l'ordonnance du 9 août 1944 rétablissant la légalité républicaine.

¹⁰⁵⁵ L. JOLY, *L'antisémitisme de bureau*. Grasset, 2011, p. 448.

¹⁰⁵⁶ R. CARMILLE, *Le fichier juif*, rapport de la commission présidée par René Rémond au Premier ministre, 1996, p. 26.

qui « appartiennent ces données ». La seconde, plus subsidiaire, est la nouvelle fonction attribuée à ce fichier : le paiement des pensions et des indemnités par le ministère des anciens combattants. On ne peut éviter d'évoquer l'affligeante ironie qui s'attache à ce fichier qui préside aux indemnisations après avoir présidé aux déportations.

410. De cet historique du fichage spécial et étatique, il ressort que la captation et la conservation des informations a lentement évolué. En effet, si le fichier ouvrier était délivré par l'autorité publique, il avait pour fonction unique de garantir des rapports de droit privé, la puissance publique n'agissant que dans la délivrance du document. Avec le carnet anthropométrique, cet élément évolue puisque, au-delà de sa délivrance, sa gestion et sa finalité sont en lien direct avec la puissance publique. Enfin avec le fichier TULLARD, outre sa conception et sa gestion comme instrument de police, ses véritables apports sont doubles. Tout d'abord, la mise en place d'une centralisation opérationnelle et non uniquement dans un but d'archivage ; secondairement, son objet, à savoir l'enregistrement des personnes pour des caractéristiques raciales considérées alors comme biologiques.

Paragraphe 2. Une mise en place généralisée

411. *« Dès les premiers moments de l'application de la loi de 1893 qui contraint les patrons à contrôler l'identité de leurs ouvriers étrangers, des observateurs remarquent que cela est impossible si l'on n'oblige pas les Français à se munir eux aussi de « papiers » ; sinon comment confondre les imposteurs se prétendant Français, ayant l'air Français mais n'étant pas Français ? »*¹⁰⁵⁷ Dès lors, la question de l'enregistrement sectoriel porte en elle sa généralisation. Des premières tentatives de généralisation par la préfecture de police de Paris en 1921 à sa version la plus moderne résultante de traités internationaux, l'étude de la mise en place généralisée des preuves d'identité peut être séparée autour de ses rapports avec la biométrie. Certes, si dans un premier temps les preuves d'identité n'ont entretenu qu'un lien distendu avec la mesure du corps

¹⁰⁵⁷ G. NOIRIEL, *Le creuset français. Histoire de l'immigration XIXe-XXe siècle*, Paris, Seuil, 1988, p. 350. Cité par P. PIAZZA, « Septembre 1921: la première "carte d'identité des français et ses enjeux. », Belin genèse.

(Paragraphe 1), on assiste depuis les années 2000 à une biométrisation des preuves de l'identité (Paragraphe 2).

A. Les preuves classiques d'identité

« Les passeports et les cartes nationales d'identité demeurent la propriété de l'État qui peut les retirer à leur titulaire »¹⁰⁵⁸. Si cette affirmation nécessite d'être amendée notamment par la jurisprudence¹⁰⁵⁹ qui considérait avant 2013¹⁰⁶⁰ leur confiscation comme une voie de fait¹⁰⁶¹, il est possible de constater que ces deux documents sont centraux tant pour l'État que pour ses citoyens. Et si d'autres documents valant preuve d'identité existent, ils sont avant tout édictés pour des fonctions annexes, soit comme preuve d'une autorisation (le permis de conduire), soit comme attestation d'un statut juridique (carte famille nombreuse). Cependant, ces derniers documents semblent connaître, avec un temps de retard, les mêmes évolutions que la carte nationale d'identité et le passeport. Partant, nous n'étudierons pas en détail ces derniers documents pour mettre la focale sur ceux dont la fonction principale est l'identification. Néanmoins, la question de l'intérêt du maintien de deux documents d'identité reste ouverte. En effet,

¹⁰⁵⁸ J.-R. LECERF., *Identité intelligente et respect des libertés*, Rapport d'information n° 439 (2004-2005), fait au nom de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 29 juin 2005, p. 15.

¹⁰⁵⁹ Et cette affirmation ne se vérifie pas non plus pour les passeports de pays tiers. Voir notamment : LAFFERIERE, F.-J., « L'administration n'est tenue de rendre à des étrangers leurs passeports confisqués que lors de leur départ du territoire français François », *Rec. Dalloz*, 1998, p. 15.

¹⁰⁶⁰ TC, 9 décembre 2013, *Bergoend c./ Société ERDF Annecy Léman*

¹⁰⁶¹ « qu'en outre, s'agissant de l'entrée sur le territoire national d'une personne excipant de la qualité de Français mais dont il y aurait des raisons sérieuses de penser qu'elle usurpe cette qualité, l'autorité administrative, au titre de la police des frontières, est habilitée à procéder à la rétention du passeport de l'intéressé le temps strictement nécessaire à l'exercice du contrôle d'identité et de sa nationalité, indépendamment de l'exercice des pouvoirs de police judiciaire prévus à l'article 78-2 du code de procédure pénale, avant d'opposer le cas échéant un refus d'entrée ; que lorsque ces vérifications ont été opérées et à défaut de l'engagement de poursuites pénales pour usage de faux documents et usurpation d'identité, l'autorité administrative fait un usage illégal de ses pouvoirs en s'abstenant de restituer son passeport à la personne qui a fait l'objet du contrôle ; que, dans le cas où la durée de la rétention de ce document est manifestement excessive, un tel comportement cesse alors de se rattacher à l'exercice par l'Administration de ses pouvoirs et est constitutif, en raison de l'atteinte délibérée ainsi portée sans justification à la liberté fondamentale d'aller et venir, d'une voie de fait » TC, 19 novembre 2001, n° 01.03.272

depuis 1985¹⁰⁶², la carte nationale d'identité peut servir à des fonctions précédemment dévolues aux passeports. Au sein de « l'espace Schengen »¹⁰⁶³, la preuve de l'identité à l'occasion d'un voyage peut être amenée selon les mêmes modalités que pour un voyage *infranational*, c'est-à-dire en utilisant la carte d'identité. Cependant leur séparation matérielle se justifie toujours pour deux raisons. *De facto*, le format de la CNI ne permet pas l'apposition de visa. *De jure*, la fusion soumettra l'encadrement juridique de la CNI à des contraintes extérieures – notamment aux recommandations de l'Organisation internationale de l'aviation civile. Ainsi, si ces deux pièces d'identité ont une histoire séparée, on assiste désormais à une certaine convergence de ces modes de preuves. Cependant pour les besoins de la démonstration il sera distingué la carte nationale d'identité (A) et le passeport (B) document d'identité obligatoire pour le franchissement des frontières.

1. Une preuve d'identité facultative : la Carte nationale d'identité

412. Répondant aux besoins de l'État de connaître ses ressortissants, la carte nationale d'identité, est une invention récente. Son histoire peut être divisée en 3 grands moments, comme l'affirme P. PIAZZA à ce sujet « *Enclenché sous la Troisième République, il s'affirme sous Vichy pour se consolider véritablement après le régime pétainiste.* »¹⁰⁶⁴

413. Aujourd'hui non obligatoire et gratuite, la carte nationale d'identité est sous l'aspect quantitatif le premier papier d'identité. Tant son existence que sa généralisation sont les résultats d'une histoire ou s'entrecroisent raison d'État, lutte contre le terrorisme et volonté de simplifier la vie des administrés. Tout d'abord, au début du XXe siècle, la détention d'un papier d'identité est connotée négativement et « les honnêtes gens » voient d'un mauvais œil les propositions de généralisation, qui reviendraient alors à traiter ces personnes comme des « malfaiteurs »¹⁰⁶⁵ ; en cause notamment l'utilisation de

¹⁰⁶² Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

¹⁰⁶³ Règlement 562/2006 du Parlement européen et du Conseil établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, 32006R0562, adopté le 15 mars 2006, JO du 13 avril 2006, p. 1-32, entré en vigueur le 13 octobre 2006

¹⁰⁶⁴ P. PIAZZA, *Histoire de la carte d'identité nationale*. Editions Odile Jacob, 2004, p. 12.

¹⁰⁶⁵ « Ainsi, la Préfecture de police de Paris ne trouve rien de mieux, pour les honnêtes gens, qu'une carte d'identité établie sur le même principe que les fiches anthropométriques des malfaiteurs. C'est tout de même un peu désobligeant d'être logé à la même enseigne que les pires coquins et d'être obligé d'apposer comme eux ses empreintes digitales sur sa fiche individuelle et sur sa carte [...] » *La carte d'identité. Les*

l’empreinte dactyloscopique. Si les tentatives précédentes ont échoué¹⁰⁶⁶, c’est par la circulaire du 12 septembre 1921, à l’instigation de R. Leullier Préfet de police de Paris que sera mise en place la première carte d’identité pour le département de la Seine. Cette dernière, s’inspirant des techniques développées par BERTILLON pour l’anthropométrie judiciaire, comprend outre un rappel de l’état civil de la personne (nom, prénom date de naissance domicile), un signalement, une empreinte digitale, ainsi qu’une photographie d’identité. Concernant le signalement, les éléments contenus sont de deux types : soit relatifs à des mesures (notamment du nez) soit relatifs aux éléments non contenus à l’époque dans la photographie d’identité, par exemple la couleur des cheveux ou des yeux. Ainsi, les premières cartes d’identité seront construites sur le modèle des fiches de police judiciaire mises en place par BERTILLON¹⁰⁶⁷. Mais l’utilisation des méthodes de police judiciaire au sein d’une preuve « civile » d’identité n’est pas anodine et nécessite donc quelques précisions. En ce sens, pour l’identité judiciaire, la consultation de la base de données centrale est déterminante¹⁰⁶⁸ alors que, pour la preuve d’identité, c’est la carte portée par la personne qui permet un contrôle, non plus centralisé comme dans l’hypothèse de l’identification judiciaire, mais décentralisé. Et cette diffusion des modalités du contrôle de l’identité judiciaire a renforcé la confusion entre « honnêtes gens » et délinquants. D’ailleurs, ce lien entre police judiciaire et preuve de l’identité civile n’est pas seulement substantiel, mais aussi organique. En effet, la délivrance de ce nouveau titre sera assurée par les commissariats.

414. De plus, son aspect non obligatoire, donnait à cette preuve de l’identité un caractère supplétif qui sera remis en cause par la loi du 27 octobre 1940, laquelle au contraire, prévoyait une obligation de détention de ce document par tout Français dès 16 ans. Pour le régime de Vichy, l’encartement des Français poursuit comme dessein officiel la « purification nationale »¹⁰⁶⁹ et, comme dessein secret, la mise en place d’un système

honnêtes gens seront logés à la même enseigne que les vils coquins », *La France*, 16 septembre 1921, p. 1 in P. PIAZZA, Septembre 1921: la première "carte d’identité des français et ses enjeux, Belin genève.

¹⁰⁶⁶ Notamment le projet du député ANTOINE BORELLE in JO, Chambre des députés, documents parlementaires, proposition de loi n° 2360, séance du 18 juillet 1916.

¹⁰⁶⁷ Voir *supra* p. 378.

¹⁰⁶⁸ Puisque par définition il y a un décalage temporel entre la prise d’empreinte sur les lieux de l’infraction et la captation des données sur la personne.

¹⁰⁶⁹ « *Sous Vichy, l’encartement joue également un rôle décisif dans le processus étatique d’exclusion de la communauté nationale des français de confession juive* » in X. CRETTEZ, & P. PIAZZA, *Du papier à la biométrie: identifier les individus*. Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2006, p. 66.

permettant de hâter la remobilisation. C'est dans cette perspective que cet encartement sera confié aux services statistiques dirigés par René Carmille, qui mettra en place au regard des preuves d'identité un numéro à 13 chiffres. Ce dernier est considéré par certains comme l'ancêtre de notre numéro de Sécurité sociale. En outre, au-delà de la simple délivrance de la carte d'identité, la loi du 27 octobre 1940 prévoyait aussi, à partir de ces dernières, la mise en place d'un fichier central de population qui ne fut jamais opérationnel et fut officiellement détruit à la Libération. Loin d'être un épiphénomène ou une parenthèse, la législation de Vichy concernant la carte d'identité a agi comme un répulsif qui a structuré les législations qui lui ont succédé.

415. Effectivement, c'est pour lutter contre les dérives entraînées par la carte d'identité de Vichy que le décret du 22 octobre 1955¹⁰⁷⁰ instaure une carte d'identité facultative sans numéro d'identification, mais avec un enregistrement de l'empreinte digitale qui sera supprimé en 1974. Néanmoins si cette carte est facultative, elle est pensée comme le seul papier servant exclusivement à prouver l'identité, comme en témoigne l'article 5 du décret qui précise qu'à partir de sa date d'entrée en vigueur « aucune carte ne pourra être délivrée à l'effet exclusif de certifier l'identité des personnes ». Et même, le régime juridique de cette carte est expressément pensé en « réaction à Vichy »¹⁰⁷¹. Ce positionnement prend deux formes, matériellement il implique le refus d'un fichier central au profit d'une gestion à l'échelon préfectoral, substantiellement, les informations enregistrées ne portent pas sur la nature de l'acquisition de la nationalité, ou sur la religion par le titulaire de la carte, en opposition avec l'utilisation de la CNI prônait par le gouvernement de Vichy.

416. Quelques années plus tard, sous le gouvernement Barre, plusieurs projets de carte nationale d'identité informatisée verront le jour, sans pour autant recevoir de réalisation. Néanmoins, la fonction assignée à cette carte évolue dans la mesure où la « certification de l'identité » est alors entendue comme permettant de lutter contre certains crimes, au premier rang desquels le terrorisme¹⁰⁷². Ce projet prévoyait aussi une base de données

¹⁰⁷⁰ Décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité

¹⁰⁷¹ CNIL, 8 avril 2005, Audition de M. Pierre PIAZZA. Disponible en ligne.

¹⁰⁷² P. PIAZZA & L. LANIEL « l'encartement réponse au terrorisme ? » in X. CRETTEZ, & P. PIAZZA, *Du papier à la biométrie: identifier les individus*. Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2006, p. 331. Ainsi que M. FOESSEL & A. GARAPON, « Biométrie les nouvelles formes de l'identité », *Esprit*, août-septembre 2006, pp. 165-167

centrale qui devait permettre d'éviter les usurpations d'identité. Pourtant, le changement de président et de gouvernement en 1981 sera fatal à ce projet et il faudra attendre 1986 pour voir apparaître les cartes sécurisées dites « carte Pasqua », gérées à l'échelon des préfectures, mais dont la production est centralisée. Cette dernière conserve le relevé de l'empreinte digitale et ajoute une zone de lecture optique afin de sécuriser le titre. En 1998, cette carte d'identité deviendra gratuite et sa validité se verra prolongée à 15 ans au premier janvier 2014. En outre, il est à noter que la carte comprend un numéro à 12 chiffres¹⁰⁷³ qui sont assimilables à des métadonnées, permettant de retrouver la date et le lieu de délivrance de la carte. Ce dernier numéro peut s'interpréter comme un moyen de « contourner » l'absence de bases de données centralisées enregistrant la délivrance de ce document.

417. De plus, les fonctions de la carte nationale d'identité se sont diversifiées puisque aujourd'hui, au-delà de la preuve de l'identité, elle fait aussi office, depuis le 26 décembre 2000¹⁰⁷⁴, de certificat de nationalité et d'extrait de naissance pour les démarches courantes.

2. Une preuve d'identité obligatoire : le Passeport

418. Rarement dans l'histoire les actes d'un Roi, ceux-ci eurent une influence aussi grande sur l'identification de ses sujets. Historiquement, c'est en réaction à l'utilisation du passeport de la baronne de Korff par Louis XVI lors de sa fuite à Varenne que le Décret du 1^{er} février 1792¹⁰⁷⁵ sur les passeports rendit obligatoires ces derniers. Ce passeport intérieur, supprimé sous la III^e République, perdurera sous des formes diverses pour des populations précises comme les ouvriers ou les nomades¹⁰⁷⁶. Néanmoins, dans ces développements, il ne sera pas question du passeport intérieur, mais de ceux permettant de circuler entre les États. Pour ces derniers, la Première Guerre mondiale hâtera leur

¹⁰⁷³ Les 4 premiers correspondent à l'année et au mois de délivrance, les 3 suivants au lieu de délivrance et les 5 derniers sont assimilables à un numéro d'ordre.

¹⁰⁷⁴ Décret n°2000-1277 du 26 décembre 2000 portant simplification de formalités administratives et suppression de la fiche d'état civil

¹⁰⁷⁵ L'article 1 de ce décret précisant » *Toute personne qui voudra voyager dans le royaume, sera tenue, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, de se munir d'un passeport* »

¹⁰⁷⁶ Voir *infra*. p. 286 et s.

développement,¹⁰⁷⁷ comme en témoigne la tenue en 1920 d'une conférence internationale sur les passeports visant à leur donner une base commune. Depuis 1949, c'est l'Organisation de l'aviation civile internationale, qui a repris à son compte cette prérogative, en donnant des indications tant sur leur existence que sur les éléments techniques relatifs au passeport. À titre d'illustration, le Doc 9303¹⁰⁷⁸ pris par cette institution spécialisée des Nations Unies regroupe l'ensemble des éléments techniques relatifs à l'enregistrement d'informations biométriques dans les passeports et le poids de cette organisation est tel qu'aujourd'hui les différentes évolutions du passeport français peuvent être analysées comme de simples transcriptions de ses décisions.

419. Dans cette perspective, la création du passeport dit Delphine¹⁰⁷⁹ pour « *DELivrance de Passeports à Haute INtégrité de sécuritE* » en 1999 s'est accompagnée de la mise en place d'un fichier national des passeports en cour de validité pour « *limiter les risques de falsification ou de contrefaçon des passeports* »¹⁰⁸⁰. Toujours dans le souci de limiter les fraudes, à l'occasion de chaque demande, le Fichier national des personnes recherchées est consulté. Ce dernier « [...] *a pour finalité de faciliter les recherches et les contrôles effectués, dans le cadre de leurs attributions respectives, par les services de la police nationale, les unités de la gendarmerie nationale et les agents des douanes exerçant des missions de police judiciaire ou des missions administratives.* »¹⁰⁸¹ Ainsi, cette preuve d'identité se voit alors pour la première fois complétée par une base de données centralisée. De plus, la consultation du Fichier national des personnes recherchées implique une forme de porosité entre police administrative et judiciaire, dans la mesure où la délivrance d'un titre est subordonnée à l'absence d'infraction enregistrée relative à la personne qui le sollicite. En outre, la lutte contre la fraude passe aussi par le développement d'indicateur, Ainsi, le passeport présente une bande de lecture optique censée faciliter le contrôle. Néanmoins, à

¹⁰⁷⁷ Voir notamment G. NOIRIEL, « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la I^e à la III^e République ». In: *Genèses*, 30, 1998. pp. 77-100.

¹⁰⁷⁸ Disponible en ligne.

¹⁰⁷⁹ Arrêté du 22 novembre 1999 portant création par le ministère de l'intérieur d'un traitement automatisé d'informations nominatives relatif à la délivrance des passeports

¹⁰⁸⁰ Article 1 du Décret n° 2010-569 du 28 mai 2010 relatif au fichier des personnes recherchées

¹⁰⁸¹ Article 1 du Décret n° 2010-569 du 28 mai 2010 relatif au fichier des personnes recherchées

l'exception du signalement (sexe, couleur des yeux, taille) aucune mesure corporelle n'est prévue dans ce document.

420. Délivré depuis avril 2006, le passeport électronique¹⁰⁸² prévoyait quant à lui qu'« *afin de faciliter l'authentification du détenteur des passeports ces titres comportent un composant électronique contenant les données mentionnées au même article, à l'exception de la signature.* » Ce composant électronique, qui est une puce sans contact, comporte des sécurités de nature à prémunir le titulaire du titre « *contre les risques d'intrusion, de détournement et de modification.* »¹⁰⁸³ Se retrouvaient alors numérisés pour la première fois les signalements, ainsi que la photographie du détenteur du passeport. Sans que cette numérisation soit suivie d'un traitement spécifique, notamment de la reconnaissance faciale. En effet, le but de ces utilisations était « d'authentifier » le titre afin de garantir son intégrité plutôt que d'identifier le détenteur du titre.

421. Avec le passeport dit « biométrique », cette logique s'inverse ou *a minima* se dédouble. En effet, à la fonction classique d'authentification vient s'ajouter une fonction d'identification¹⁰⁸⁴. Puisque l'enregistrement des informations au sein d'une base de données centrale¹⁰⁸⁵ non prévue par le droit européen, rend facultative l'utilisation des empreintes et des informations contenues dans le document d'identité. Désormais, la présence de deux empreintes digitales dans le document d'identité ainsi que dans la base centrale peut s'interpréter comme une avancée pour l'identification biométrique, dans la mesure où, à l'exclusion de toutes autres utilisations, comme le remarque le Conseil d'Etat « *la consultation des empreintes digitales contenues dans le traitement informatisé ne peut servir qu'à confirmer que la personne présentant une demande de renouvellement d'un passeport est bien celle à laquelle le passeport a été initialement*

¹⁰⁸² Décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques

¹⁰⁸³ Article 2 du Décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques

¹⁰⁸⁴ M. GUYOMAR, & X. DOMINO, « Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés », *AJDA*, 2012, p. 35. G. BEGRANGER, « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ Pénal*, 2014, p. 176. V. TCHEN, « La base de données du passeport biométrique », *Droit Adm.*, vol. 1, 2012, pp. 1-10. F. CHALTIEL, « Le passeport devant le Conseil d'état », *Les Petites Affiches*, vol. 248, n°9, 2011, p. 10.

¹⁰⁸⁵ Prévue par le Décret n° 2008-426 du 30 avril 2008 modifiant le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques, le « titres électroniques sécurisés », base de données centralisant 8 empreintes digitales à été annulée par le Conseil d'Etat. CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n°317827

délivré ou à s'assurer de l'absence de falsification des données contenues dans le composant électronique du passeport ».

422. Cette utilisation de la biométrie n'est que la résultante d'une triple contrainte. En réaction aux attentats du 11 septembre 2001, le « Patriot act » du 26 octobre de la même année a rendu obligatoire l'utilisation d'identifiant biométrique pour les pays relevant du « visa waiver program », c'est-à-dire les pays dont les ressortissants sont dispensés de visa pour se rendre aux Etats-Unis. Toujours pour faire face aux mêmes risques, une recommandation de l'organisation de l'aviation civile internationale en date du 9 mai 2003 prévoit la généralisation de l'utilisation d'au moins un identifiant biométrique avant 2015. Enfin, un Règlement¹⁰⁸⁶ CE du 13 décembre 2004 prévoit dans son article 2 que *« Les passeports et les documents de voyage comportent un support de stockage de haute sécurité qui contient une photo faciale. Les États membres ajoutent deux empreintes digitales relevées à plat, enregistrées dans des formats interopérables. Les données sont sécurisées et le support de stockage est doté d'une capacité suffisante et de l'aptitude à garantir l'intégrité, l'authenticité et la confidentialité des données. »* Et c'est au regard de ce triple jeu de contrainte que fut édicté le décret 2008-426¹⁰⁸⁷ instaurant le passeport biométrique.

B. des preuves organisées autour d'un « tronc commun »

Cependant, il est possible d'extraire des règles applicables à ces titres d'identité un tronc commun qui porte tant sur le statut de ces titres en tant que pièces d'identité (A), que sur l'adjonction de données biométriques dans ces dernières (B).

¹⁰⁸⁶ Règlement (CE) n°2252/2004 DU CONSEIL du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres

¹⁰⁸⁷ Décret n° 2008-426 du 30 avril 2008 modifiant le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques

1. Le statut de la pièce d'identité

Tout d'abord, l'absence d'obligation de posséder un document d'identité amène deux remarques. La première est que cette absence ne fait pas l'objet d'un consensus en Europe puisque l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, les Pays Bas et le Portugal imposent une obligation de détention de carte d'identité à leurs nationaux¹⁰⁸⁸. Historiquement, cette absence est justifiée en France par la filiation idéologique de cette obligation au régime de Vichy puisque la carte d'identité fut rendue obligatoire par la loi du 27 octobre 1940. Secondairement, la nature libre de la preuve d'identité en droit français¹⁰⁸⁹, tant dans le domaine de la police administrative que judiciaire, ne permet pas d'imposer aux citoyens la détention d'un titre d'identité.

423. Quant à leur confiscation, bien que ces documents appartiennent à l'État qui peut les « confisquer », il ne peut néanmoins s'opposer à leur délivrance si les déplacements de l'intéressé entraînent le risque de compromettre la sécurité nationale ou la sécurité publique¹⁰⁹⁰. La privation de document d'identité s'analysant comme une atteinte à la liberté d'aller et venir, celle-ci est protégée constitutionnellement¹⁰⁹¹ et conventionnellement¹⁰⁹².

424. En outre, en cas de délivrance abusive d'un titre d'identité, la responsabilité de l'État peut être engagée pour faute et notamment si cette faute a entraîné une usurpation

¹⁰⁸⁸ Sénat Législation comparée n°118, février 2003, disponible en ligne.

¹⁰⁸⁹ « *Les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1° peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner : -qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ; -ou qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit ; -ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit ; -ou qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire. Sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat. Le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes. L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens* »

¹⁰⁹⁰ CE, 8 avril 1987, *Ministère de l'intérieur contre Peltier*, n° 55895.

¹⁰⁹¹ Cons. Constit., n°79-107 DC, du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*.

¹⁰⁹² Article 2 du Protocole 4 à la CEDH.

d'identité occasionnée par la délivrance d'un document d'identité authentique à un usurpateur¹⁰⁹³.

2. L'utilisation d'éléments biométriques

Présentée comme la panacée aux problèmes d'usurpation et de lutte contre les faux documents d'identité, l'utilisation des identifiants biométriques connaît désormais une généralisation à l'ensemble des documents. Celle-ci se double d'une mutation de son utilisation.

425. La biométrie n'a pas été la seule technique utilisée pour mesurer le corps dans le but d'établir des preuves d'identité. En effet, si d'autres éléments de mesure ont existé, notamment au sein du carnet de circulation, ces mesures du corps ne peuvent être assimilées à la biométrie. Effectivement, l'anthropométrie, tout comme la cranioscopie ou la physiognomonie¹⁰⁹⁴ ou la chiromancie, ne peuvent être assimilées à des méthodes « scientifiques ». Elles établissent des mesures sans pour autant en définir la fréquence dans une population cible. Le vernis scientifique qu'elles adoptent ne change rien à l'absence de calcul statistique pour s'assurer de l'unicité de l'identité. Au contraire, la biométrie porte dans sa définition même une approche probabiliste. Dans cette perspective, la première utilisation d'un élément ayant fait l'objet de calcul probabiliste concernant sa potentielle unicité est l'empreinte digitale. Comme le remarque Gérard Dubey « *L'identification biométrique actuelle a [...] recours à la dactyloscopie mise au point par F. Galton, père de l'eugénisme, entre 1888 et 1891* »¹⁰⁹⁵.

426. Dérivé des méthodes judiciaires d'investigation, l'enregistrement de l'empreinte digitale, considéré comme unique et stable¹⁰⁹⁶, est consubstantiel à la naissance des

¹⁰⁹³ Cour administrative d'appel de Nancy 14 mars 2011 n° 10NC00644, *AJDA*, 2011, p. 864

¹⁰⁹⁴ J.J. COURTINE, « Le miroir de l'âme » in G. VIGARELLO (Dir.) *histoire du corps tome .1*, Seuil, points, p. 319.

¹⁰⁹⁵ G. DUBEY, « Les deux corps de la biométrie », *Communications*, vol. 81, n°1, 2007, pp. 153–166.

¹⁰⁹⁶ « *Les dessins épidermiques apparaissent dès la vie intra-utérine, pour se fixer définitivement et complètement vers le quatrième mois. Cette constitution est donc indépendante de circonstances extérieures. La forme de ces dessins est influencée par celle des doigts, Ainsi que par leur innervation (nerf sensitif) et leur vascularisation. Une fois fixés, ces dessins épidermiques vont perdurer au-delà de la mort, jusqu'à la putréfaction. Mais ces dessins, non seulement, perdurent mais, de plus, ils sont immuables et globalement inaltérables en l'absence de facteurs extérieurs* » M. SCHWENDENER, « Signalement et identification », Dalloz, p. 3.

papiers d'identité modernes. En ce sens, l'empreinte dactyloscopique présente dès 1921 dans la première carte d'identité des Français a, à l'exception de la période 1974-1986, toujours été présente au sein de cette preuve d'identité. Cependant, il est possible de constater que son utilisation a progressivement évolué, passant de la sécurisation de la délivrance des titres à l'authentification de ces derniers, pour désormais identifier la personne physique. Et cette logique se retrouve pour le passeport désormais qualifié de biométrique¹⁰⁹⁷. Toutefois, au sein des documents d'identité, un autre élément biométrique est désormais à l'œuvre ou, pour être exact, est désormais utilisable pour des applications biométriques : la photographie d'identité.

427. Présente dès 1921, la photographie était alors utilisée comme un moyen d'identification direct pour l'agent, afin de constater la congruence entre l'aspect de l'individu contrôlé et les informations contenues dans le document d'identité. Au terme de cette analyse, le titre était réputé valide et les données contenues sur ce dernier considérées comme intègres. A contrario, la non-concordance entre l'apparence de la personne et sa photographie d'identité impliquait une possible usurpation d'identité. Cependant l'utilisation de la photographie d'identité argentique ne nécessitait aucun calcul de probabilité puisqu'en l'absence de mesure son contrôle était de nature interpersonnelle entre le citoyen et l'agent en charge du contrôle, ce dernier se contentant de vérifier l'absence de « *dissemblance physiologique flagrante* »¹⁰⁹⁸. Ainsi, cet élément de preuve de l'identité ne pouvait alors être considéré comme relevant d'une technique biométrique.

428. Mais, désormais, cette fonction d'authentification du document se double d'une possibilité d'utiliser des systèmes de reconnaissance faciale et ce depuis la numérisation de la photographie d'identité. Si les liens entre photographie numérisée et reconnaissance faciale sont mis en avant concernant les bases de données de police¹⁰⁹⁹, en ce qui concerne les preuves d'identité, si ces liens existent, ils ne sont pas pour autant expressément affirmés dans la loi. Et s'il est possible de les définir comme la reconnaissance dans une image d'un ensemble de mesures comparable à un autre gabarit préalablement enregistré, la reconnaissance faciale est alors une technique biométrique par excellence. Néanmoins

¹⁰⁹⁷ Voir *Supra*.

¹⁰⁹⁸ G. BACHELIER, « L'existence d'une voie de fait pour la confiscation d'un passeport français », *Rec. Dalloz*, 2002, p. 1446.

¹⁰⁹⁹ CE, 11 avril 2014, *Ligue des droits de l'Homme*, n°360759.

si, en matière de preuve de l'identité, la présence de la photographie numérisée est aujourd'hui une réalité, par exemple dans le passeport biométrique, ce type de traitement n'est pas pour autant prévu par le décret l'instituant. Toutefois, cette absence de disposition au sein des normes nationales est à nuancer car si la CNIL « *prend acte qu'il n'est pas aujourd'hui envisagé que la photographie numérisée du détenteur du passeport soit utilisée sur le territoire national dans le cadre de dispositifs automatisés de reconnaissance faciale et qu'en tout état de cause aucune disposition du projet de décret ne permettrait une telle utilisation. En revanche, le dispositif étant interopérable, la mise en place de tels traitements biométriques est susceptible d'intervenir à l'étranger, sur décision des seules autorités du pays concerné.* »¹¹⁰⁰

429. Enfin, si d'autres indicateurs biométriques sont actuellement testés pour les titres d'identité¹¹⁰¹, il faut constater que les empreintes digitales et la photographie d'identité numérisée sont aujourd'hui considérées tant par le législateur que par les conventions internationales comme le « socle commun » des éléments biométriques. En effet, l'utilisation de ces derniers, aux fins d'identité, est considérée comme possible, tant par le juge constitutionnel¹¹⁰² qu'administratif¹¹⁰³. Car, le contrôle de ces derniers peut être qualifié de normal, puisque si ces juridictions vérifient la proportionnalité de la mesure, ils ne s'interrogent pas pour autant sur l'opportunité d'un tel fichage¹¹⁰⁴.

430. Dans cette perspective le juge constitutionnel a considéré dans sa décision de 2012 *loi relative à la protection de l'identité* que, concernant le « *fichage généralisé de la population française* » pour reprendre l'expression de P. Piazza¹¹⁰⁵, la multiplication des utilisations possibles des données entraînait une absence de proportionnalité¹¹⁰⁶ entre les

¹¹⁰⁰ Délibération n°2005-279 du 22 novembre 2005 portant avis sur le projet de décret instituant le passeport électronique et sur les modifications apportées au traitement DELPHINE permettant l'établissement, la délivrance et la gestion des passeports

¹¹⁰¹ Notamment des systèmes de reconnaissance de l'iris.

¹¹⁰² Cons. Constit., Décision n°2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*

¹¹⁰³ CE, ass, 26 octobre 2011, société pour la promotion de l'image et autres, n°317827.

¹¹⁰⁴ G. BEGRANGER, « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ Pénal*, 2014, p. 176.

¹¹⁰⁵ Cité par S. SLAMA, « *Droit à la vie privée (art. 8 CEDH et art. 16 CIDE) : Légalité du passeport biométrique et de la base de données centralisée « TES » à l'exception de la collecte de six empreintes digitales* », *REVDH* disponible en ligne : <http://revdh.org/tag/passeport-biometrique/>

¹¹⁰⁶ « 10. Considérant, toutefois, que, compte tenu de son objet, ce traitement de données à caractère personnel est destiné à recueillir les données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française ; que les données biométriques enregistrées dans ce fichier, notamment les empreintes digitales,

fins poursuivies et les moyens mis en place à cet effet. D'ailleurs c'est cette absence de proportionnalité qui est aussi le fondement de l'annulation de certaines dispositions du décret de 2008 relatif au passeport par le Juge administratif. Cependant, le Conseil d'État ne s'est pas basé, contrairement au Conseil constitutionnel, sur la question des finalités, mais sur celle des moyens utilisés pour justifier sa position vis-à-vis de l'absence de proportionnalité de la mesure. En effet, il a considéré que le passage de deux à huit empreintes stockées dans la base de données centrale n'était pas proportionné aux buts poursuivis¹¹⁰⁷. Quant à la photographie d'identité numérisée, les juges n'en ont jamais, à l'heure actuelle, interdit l'utilisation.

étant par elles-mêmes susceptibles d'être rapprochées de traces physiques laissées involontairement par la personne ou collectées à son insu, sont particulièrement sensibles ; que les caractéristiques techniques de ce fichier définies par les dispositions contestées permettent son interrogation à d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne ; que les dispositions de la loi déférée autorisent la consultation ou l'interrogation de ce fichier non seulement aux fins de délivrance ou de renouvellement des titres d'identité et de voyage et de vérification de l'identité du possesseur d'un tel titre, mais également à d'autres fins de police administrative ou judiciaire ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation, les dispositions de l'article 5 portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi ; que, par suite, les articles 5 et 10 de la loi doivent être déclarés contraires à la Constitution ; qu'il en va de même, par voie de conséquence, du troisième alinéa de l'article 6, de l'article 7 et de la seconde phrase de l'article 8 » Cons. Constit., Décision n°2012-652 DC du 22 mars 2012, Loi relative à la protection de l'identité, Cons. 10.

¹¹⁰⁷ « Considérant [...] que, dans ces conditions, la consultation des empreintes digitales contenues dans le traitement informatisé ne peut servir qu'à confirmer que la personne présentant une demande de renouvellement d'un passeport est bien celle à laquelle le passeport a été initialement délivré ou à s'assurer de l'absence de falsification des données contenues dans le composant électronique du passeport ; qu'une telle finalité peut être atteinte de manière suffisamment efficace en comparant les empreintes figurant dans le composant électronique du passeport avec celles conservées dans le traitement, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier en contienne davantage » CE ass, 26 octobre 2011, société pour la promotion de l'image et autres, n°317827.

Section 2. La mise en œuvre des preuves d'identité biométrique

432. Le respect du principe de finalité est aujourd'hui considéré comme un grand principe du droit des bases de données. Ce dernier, dont le non-respect est pénalisé¹¹⁰⁸, implique qu'une donnée ne peut être captée que pour « *une fin voulue et déterminée* »¹¹⁰⁹. Et si toutes les fins ne sont pas légales, ces utilisations illégales sont en France limitativement précisées par la CNIL¹¹¹⁰ en application de la loi¹¹¹¹ ou de traités internationaux. Et quand la loi autorise un traitement pourtant interdit par la CNIL, comme ce fut le cas pour les statistiques ethniques, il revient au Conseil constitutionnel de censurer ces dispositions¹¹¹². Ainsi, indépendamment des tactiques normatives, on peut constater que le nombre et la nature de ces finalités interdites restent stables. Mais ce principe n'est pas seulement, un principe d'exclusion de certaines finalités, il est essentiel pour le contrôle des finalités non interdites. En effet, le principe de finalité est nécessaire puisqu'en circonscrivant le nombre de fonctions poursuivies, il permet l'existence d'un contrôle de proportionnalité entre la finalité et l'atteinte à un droit fondamental, le plus souvent, pour notre objet, la vie privée¹¹¹³. En l'absence du principe de finalité, aucun traitement ne pourrait être considéré comme proportionné, dans la mesure où une partie des termes de cette égalité serait absente. Néanmoins, si

¹¹⁰⁸ Article 226-21 du code pénal « *Le fait, par toute personne détentrice d'informations nominatives à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, de détourner ces informations de leur finalité telle que définie par la disposition législative ou l'acte réglementaire autorisant le traitement automatisé, ou par la décision de la Commission nationale de l'informatique et des libertés autorisant un traitement automatisé ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé, ou par les déclarations préalables à la mise en œuvre de ce traitement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2 000 000 F d'amende* »

¹¹⁰⁹ Article « finalité » in E. LITRE, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, p. 1839.

¹¹¹⁰ Délibération n° 2006-078 du 21 mars 2006 portant refus d'autorisation de mise en œuvre par le conseil représentatif des institutions juives de France d'un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à constituer un échantillon de sondage à partir d'un tri sur le nom des intéressés

¹¹¹¹ Article 8 §2 de la loi informatique et libertés « *Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci* »

¹¹¹² Cons. Constit., Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile

¹¹¹³ Dans cette perspective, le refus de circonscrire les finalités attenantes aux données contenues dans les passeports biométriques par la CJUE, implique pour cette dernière l'impossibilité de mobiliser la charte des droits fondamentaux comme norme de référence. CJUE, 4^{ème} chambre, 16 avril 2015, *W. P. Willems (C-446/12) contre Burgemeester van Nuth, H. J. Kooistra (C-447/12) contre Burgemeester van Skarsterlân*

historiquement l'intérêt de ce principe résidait dans la protection offerte en matière de droits fondamentaux, il est possible de constater qu'il se développe aujourd'hui pour écarter le spectre d'une base de données omnisciente enregistrant des informations sans pour autant leur assigner simultanément d'utilité. Désormais, ce spectre est en partie¹¹¹⁴ devenu réalité sous l'appellation « big data »¹¹¹⁵ dont les pouvoirs publics appellent de leurs vœux son développement¹¹¹⁶. C'est sous cet anglicisme que sont désignés « *l'explosion du volume des données transitant sur les réseaux et les progrès de la capacité à les exploiter, notamment pour identifier des corrélations jusqu'alors indétectable.* »¹¹¹⁷. D'ailleurs, le Conseil d'État dans son rapport de 2014, considère que l'expression « big data » recoupe trois types de données : des données sans rapport avec les personnes, des données pouvant amener à l'identification des personnes et enfin des données identificatrices et le Conseil considère que seuls ses deux derniers types de données nécessitent un encadrement juridique dans le prisme de la vie privée.

433. Cependant, concernant les preuves de l'identité, ce principe garde une pertinence certaine, bien qu'il soit nécessaire de le compléter par le concept de « fonction ». Classiquement, deux fonctions sont systématiquement citées quand il est question de biométrie : l'identification et l'authentification. La première aurait pour objet la personne physique, alors que la seconde porterait sur la preuve de l'identité¹¹¹⁸. Néanmoins, cette

¹¹¹⁴ En effet, les données contenues dans le « big data » ne sont pas uniquement des données à caractère personnel.

¹¹¹⁵ Comme le remarque MIREILLE DELMAS MARTY « *la biométrie serait même, [...], bientôt dépassée par la transformation de l'être humain en information sécable, transférable et disponible. La mise en réseau de données interconnectées permet en effet des profilages à partir d'informations précédemment accumulées sur l'individu ou ses proches, ou ceux à qui il ressemble et non au vu de sa personne physique et encore moins de sa parole. Séparées, ces techniques peuvent sembler inoffensives, mais en les agrégeant, il devient possible de contrôler les individus à distance* » in M. DELMAS-MARTY, « Sécurité, je lis ton nom... de la peur-exclusion à la peur solidarité », *Politique(s) criminelle(s) Melanges C. Lazerges Dalloz*, 2014, p. 164.

¹¹¹⁶ A. LAUVERGEON, *Un principe et sept ambitions pour l'innovation, rapport de la commission innovation*, Octobre 2013, la Documentation française, p. 41-45.

¹¹¹⁷ L. CYTERMANN, « la loi informatique et libertés est-elle dépassée ? », *RFDA*, 2015 p. 101.

¹¹¹⁸ « *La biométrie pour authentifier permet au porteur de la carte de prouver son identité en confrontant les données dont elle est porteuse à celle enregistrées dans le fichier central. Cette opération implique la présence de la personne concernée et interdit que son identité puisse être retrouvée sur la seule base de ses données biométriques. En d'autres termes, ce type de procédé garantit que le système ne puisse être détourné de ses fins. A l'inverse, la biométrie pour identifier consiste à comparer des données biométriques anonymes avec celles contenues dans la base afin de retrouver l'identité de la personne. Aussi ce système permet-il d'autres utilisations, étrangères à la simple gestion de la délivrance d'un titre d'identité* ».

distinction ne se retrouve pas clairement en droit positif, le législateur n'hésitant pas notamment à utiliser le concept « d'authentification des personnes physiques »¹¹¹⁹. Quant au Comité consultatif national d'éthique il semble considérer l'authentification comme allant au-delà de l'identification¹¹²⁰ sans pour autant donner plus de précision sur la nature juridique et la fonction de ces deux traitements. Et la doctrine n'est pas en reste concernant cette confusion puisque certains auteurs n'hésitent pas à distinguer trois types d'applications automatisées à la biométrie¹¹²¹. Néanmoins il est possible d'affirmer que cette multiplication des systèmes de classement est davantage due à une confusion conceptuelle qu'à une réelle opposition. En effet, les fonctions des preuves d'identité ne s'apparentent pas strictement aux finalités de ces dernières car, si les finalités sont en droit positif « *déterminées, explicites et légitimes* »¹¹²², les fonctions quant à elles ne nécessitent aucune formalisation juridique et peuvent se constater dans la pratique. Ainsi, si par principe la finalité est l'appellation juridique de la fonction, il peut y avoir par exception des fonctions non formalisées dans une finalité ou au contraire des finalités sans fonction. Et si cette distinction peut sembler purement doctrinale et sans lien avec le droit positif, elle a cependant le double avantage de permettre de présenter tant les

HUBERT LESAFFRE, « Protection des données personnelles : censure de l'hyper fichier biométrique » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 20 avril 2012. Disponible en Ligne.

¹¹¹⁹ Article 27 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹¹²⁰ « *Comment la société réagit-elle à ce processus de sécurisation dans lequel elle s'est engagée ? On observe que si au nom de la sécurité collective, chacun admet que l'autre fasse l'objet de ces marquages qui le rassurent, celui-là qui en cherche le bénéfice répugne à en subir les contraintes. Chacun redoute l'autre; il est favorable à la mise en jeu de toutes les mesures qui permettent de l'identifier et même de l'authentifier, mais lui-même supporte assez mal l'intrusion croissante des appareils de surveillance dans sa vie* ». in CCNE, 20 juin 2007, Avis n° 98 portant sur « *Biométrie, données identifiantes et droits de l'Homme* ».

¹¹²¹ « *Les applications automatisées de la biométrie sont sommairement de trois ordres : il peut s'agir de restreindre l'accès à un espace réservé (zones aéroportuaires, cantines scolaires, entrepôts de marchandises...) ou à des services (transactions en ligne, e-banque...), d'identifier un individu recherché dans une foule, ou d'identifier des individus appartenant à des groupes de population « indésirables » (dans le cadre de la gestion de flux migratoires, par exemple)* » in G. DUBEY, « Les deux corps de la biométrie », *Communications*, vol. 81, n° 1, 2007, pp. 153–166.

¹¹²² Article 6 de la loi informatique et liberté. Néanmoins on peut constater que ce principe se retrouve dans d'autres textes que ce soit à l'article 5 de la Convention 108 qui prévoit que les données sont « enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités » ou au sein de la directive 95/94 pour laquelle le considérant 28 précise « *considérant que tout traitement de données à caractère personnel doit être effectué licitement et loyalement à l'égard des personnes concernées; qu'il doit, en particulier, porter sur des données adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités poursuivies; que ces finalités doivent être explicites et légitimes et doivent être déterminées lors de la collecte des données; que les finalités des traitements ultérieurs à la collecte ne peuvent pas être incompatibles avec les finalités telles que spécifiées à l'origine* ».

finalités prescrites que les « finalités latentes » de notre objet. En outre, elle permet de montrer l'existence d'un phénomène de convergence des fonctions qui ne se traduit pas pour l'instant par une jonction des finalités. Ainsi, au-delà de la distinction classique entre authentification et identification¹¹²³, il est possible de systématiser les fonctions poursuivies par les preuves d'identité en deux éléments distincts : celles portant sur la preuve de l'identité (Paragraphe 1) celles ayant pour objet le porteur de la preuve de l'identité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les fonctions portant sur la preuve de l'identité

434. Si pour le rapporteur public J. BOUCHER « *le développement de documents d'identité ou de voyage biométriques s'inscrit dans [une] logique d'authentification* »¹¹²⁴, c'est justement concernant cette dernière que la distinction entre finalité et fonction est la plus féconde. Effectivement, classiquement la biométrie connaît deux finalités donnant lieu à un encadrement juridique distinct : l'authentification et l'identification. Et si, concernant la biométrie, la doctrine de la CNIL¹¹²⁵ se montre classiquement plus libérale en matière d'authentification que d'identification, il est possible de constater que cette position de principe est partagée par l'ensemble des instances normatives, ceci dans la mesure où l'authentification aurait pour objet le document alors que l'identification porterait sur la personne et impliquerait l'existence d'une base de données. En effet, concernant l'authentification, seules les données contenues sur le support sont comparées avec les données corporelles (système dit 1 contre 1) alors que concernant l'identification, ces dernières sont comparées avec l'ensemble des gabarits contenus dans la base de données afin de pouvoir extraire une correspondance et donc une identité (système dit 1 contre n)¹¹²⁶. Cependant, concernant les utilisations de biométrie visant à s'assurer de

¹¹²³ « La reconnaissance biométrique peut avoir deux objets que l'on désigne généralement par les termes d'identification, d'une part et d'authentification, d'autre part » F. CHALTIEL, « Le passeport devant le Conseil d'état », *Les Petites Affiches*, vol. 248, n°9, 2011, p. 10.

¹¹²⁴ J. BOUCHER, Conclusion sous l'arrêt CE, ass, 26 octobre 2011, société pour la promotion de l'image et autres, n°317827.

¹¹²⁵ Voir notamment CNIL, note d'observation sur la loi relative à la protection de l'identité du 25 octobre 2011. Disponible en ligne.

¹¹²⁶ V. TCHEN, « La base de données du passeport biométrique », *Droit Adm.*, vol. 1, 2012, pp. 1–10.

l'intégrité du titre d'identité, elles ne peuvent pas toutes être comprises dans la catégorie générique de « l'authentification » car cette dernière suppose l'existence du titre et sa possession par la personne physique. Or, la protection et l'encadrement de la délivrance en amont ne nécessitent pas ces conditions. Et pourtant cette dernière fonction est centrale dans les justifications apportées à l'usage de l'identification biométrique. Dès lors, il est possible de constater que si une finalité est clairement déclarée, voire encouragée car présentée comme faiblement attentatoire aux libertés (Paragraphe 2 l'authentification), il existe néanmoins une fonction distincte, à savoir la sécurisation de la délivrance des titres, (Paragraphe 1) qui nécessite, comme l'identification, le recours à une base de données centralisée¹¹²⁷.

A. Une fonction structurante : sécuriser la délivrance des titres

435. Comme il a été précédemment montré, l'État organise à la fois l'identité et ses preuves. Et si le citoyen peut prouver son identité par tous moyens, en cas d'absence de volonté de la part de ce dernier, l'identification judiciaire a alors pour but de déterminer l'identité d'une personne qui ne souhaite pas la révéler. Toutefois, l'État a dû aussi encadrer l'usage frauduleux de ces documents d'identité. Pour ce faire, il s'est focalisé sur leurs conditions de délivrance. Car sécuriser la délivrance du titre, s'est s'assurer de la véracité de la première preuve qui doit par la suite pouvoir être authentifiée. Et si, géographiquement, les autorités compétentes pour délivrer les titres, étaient identiques à celles compétentes pour enregistrer l'identité, par principe la commune¹¹²⁸, il faut constater qu'un phénomène de concentration est à l'œuvre, afin de limiter les enregistrements multiples. Car l'un des enjeux c'est la délivrance de multiples documents d'identité, portant des identités différentes pour une seule et même personne. La biométrie s'est généralisée pour lutter contre ce phénomène. Dans cette perspective et contrairement à la vulgate sur la biométrie, ces systèmes ont d'abord été utilisés pour sécuriser la

¹¹²⁷ A titre d'illustration, la loi n°2012-410 sur la protection de l'identité prévoyait une base de données unifiée pour les cartes nationales d'identité ainsi que pour les passeports, afin d'encadrer la délivrance des titres.

¹¹²⁸ Ainsi, l'article L. 1611-2-1 du CGCT, précise « *Dans le cadre des missions confiées aux maires en tant qu'agents de l'État, les communes assurent la réception et la saisie des demandes de cartes nationales d'identité et de passeports. Ainsi que la remise aux intéressés de ces titres* ».

délivrance des titres plutôt que pour authentifier un titre ou connaître l'identité de la personne. Ainsi, le passeport et la Carte nationale d'identité ont très tôt prévu l'enregistrement d'une empreinte digitale – non consultable par des tiers – pour sécuriser la délivrance des titres. Mais aujourd'hui, sous l'influence conjointe de la construction européenne¹¹²⁹ et de la lutte contre le terrorisme global pour reprendre l'expression de M. Delmas Marty¹¹³⁰, la sécurisation de la délivrance des titres est devenue un véritable enjeu économique et politique pour l'État¹¹³¹, qui peut très vite se retrouver dans la catégorie des États à risque et dont les preuves d'identité ne sont pas considérées comme probantes¹¹³². Pour les États considérés comme fiables, la présomption de validité des preuves implique de façon perverse que l'usurpation se voie confirmer par les contrôles.

436. Car à côté de l'hypothèse de la délivrance multiple, la fraude documentaire peut résulter d'une usurpation d'identité. Cependant, avant d'aller plus avant dans la démonstration, une précision s'impose : il est ici question de fraude documentaire et non de fraude à l'identité, la fraude à l'identité englobant la fraude documentaire. Mais cette fraude documentaire peut avoir des conséquences juridiques importantes, notamment concernant l'enregistrement de modification à l'état civil ou au casier judiciaire d'une identité usurpée, sans qu'il soit possible notamment pour le premier registre d'obtenir l'effacement des mentions enregistrées par l'usurpateur, voire dans l'hypothèse d'une « usurpation en cascade » que de vrais documents soit délivrés sur la base de faux¹¹³³-le droit protégeant alors une fausse identité. Cependant cette dernière n'est pas

¹¹²⁹ Traité de Prüm du 27 mai 2005, entre Le Royaume De Belgique, La République Fédérale D'Allemagne, Le Royaume D'Espagne, La République Française, Le Grand-Duché De Luxembourg, Le Royaume Des Pays-Bas Et La République D'Autriche *relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale*.

¹¹³⁰ M. DELMAS-MARTY, « typologie juridique du terrorisme : durcissement des particularismes ou émergence d'une communauté mondiale des valeurs », in M. DELMAS-MARTY, *terrorisme et histoire du droit*, CNRS éditions, p. 167 et s.

¹¹³¹ À titre d'illustration, le développement du passeport biométrique est dû en France aux conditions des États unis pour entrer sur leur territoire sans passeport. Ainsi, ce développement ou son absence à des conséquences économiques et politiques.

¹¹³² Ainsi, l'amendement Mariani dans la loi Besson prévoyait la mise en place de test ADN pour déterminer la filiation pour les ressortissants de certains pays, dont l'état civil et ses preuves n'étaient pas considérés comme offrant suffisamment de garanties. Voir *supra*.

¹¹³³ A titre d'illustration un exemple pris par J. R. LECERF dans son rapport « Mme X, âgée de 34 ans, domiciliée en France, a saisi le ministère des affaires étrangères (bureau des élections) en mai 2005, d'une usurpation d'identité dont elle était victime. Elle venait ainsi, de recevoir de la mairie de son lieu de résidence une lettre l'informant qu'elle ne pourrait pas participer au référendum du 29 mai 2005 car elle était inscrite sur une liste de centre de vote à l'étranger. Son identité a été usurpée et sa bonne foi ne peut

toujours une usurpation et peut parfois être totalement artificielle. Comme le remarque J.-R. LECERF « *La fraude documentaire profite de la faiblesse de certains maillons de la chaîne de l'identité. Il est ainsi, possible d'obtenir de vrais titres d'identité au moyen de fausses pièces justificatives.* »¹¹³⁴. Ainsi, la direction des affaires criminelles et des grâces a recensé pour 2012 11 661 faits constatés rattachables à de la fraude documentaire à l'identité en augmentation de 2,5 % par rapport à 2011. Néanmoins, cet indicateur est à circonscrire dans la mesure où les faits non constatés, c'est-à-dire le nombre de fraudes documentaires en cours sont difficilement connaissables. Et si le chiffre important de 210 000 fraudes a été avancé dans certaines études¹¹³⁵, « *cette évaluation appelle toutefois d'importantes réserves* »¹¹³⁶ notamment au regard de la méthode employée, simple projection statistique totalement séparée d'une enquête de terrain.

437. Si pendant longtemps la pénalisation de la fraude à l'identité était morcelée dans des infractions distinctes, ainsi, en est-il de l'usurpation d'identité lors d'un contrôle routier¹¹³⁷, pour un commerçant¹¹³⁸, d'état civil dans des rapports avec l'autorité

être mise en cause puisqu'elle vit avec sa mère, qui peut attester de l'identité de sa fille. L'usurpation d'identité a pu être détectée grâce au contrôle des listes électorales effectué par l'INSEE, l'usurpatrice ayant demandé son inscription sur la liste de centre de vote d'un poste consulaire. Mme X a été invitée à déposer plainte auprès du tribunal de grande instance de son lieu de résidence. La victime pense que son identité a été usurpée à la suite de la perte de son passeport au Royaume-Uni, en 1990. La personne qui a usurpé son identité est inscrite au registre des Français établis hors de France d'un poste consulaire aux Etats-Unis depuis la fin de l'année 2004. Au moment de son inscription, elle a fourni un acte de naissance d'une commune en France, une carte nationale d'identité délivrée en 1993 par une préfecture et un passeport délivré par le poste consulaire en 1999 après consultation de l'autorité qui avait délivré le précédent passeport. L'usurpatrice s'est mariée aux Etats-Unis sans demander la transcription à l'état civil français de son acte de mariage. La mention de ce mariage n'a donc pas été portée en marge de l'acte de naissance de la vraie titulaire de cette identité. Dans ces conditions, si la véritable Mme X avait demandé une copie de son acte de naissance, elle n'aurait pas su que son identité avait été « empruntée » ». J.-R. LECERF., Identité intelligente et respect des libertés, Rapport d'information n° 439 (2004-2005), fait au nom de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 29 juin 2005. p25.

¹¹³⁴ J.-R. LECERF., *Identité intelligente et respect des libertés*, op. cit. p. 28

¹¹³⁵ Rapport Les Français face à l'usage frauduleux de leurs documents papiers - Connaissances, attitudes et comportements, Étude réalisée par le département Consommation du Credoc, juin 2009

¹¹³⁶ F. PILLET., *rapport sur la proposition de loi relative à la protection de l'identité*, n° 432, fait au nom de la commission des lois, déposé le 13 avril 2011, p 10.

¹¹³⁷ C. route, art. L. 225-7

¹¹³⁸ C. com., art. L. 654-9

publique¹¹³⁹ ou pour obtenir un extrait de casier judiciaire¹¹⁴⁰. Depuis 2011 celle-ci fait désormais l'objet d'une infraction autonome. En effet, la loi d'orientation et de la programmation pour la performance de la sécurité intérieure¹¹⁴¹ a inséré dans le Code pénal l'article 226-4-1¹¹⁴² une nouvelle infraction qui considère la fraude à l'identité comme une atteinte à la vie privée. Cette nouvelle infraction a été mise en place pour tenter de lutter contre l'usurpation d'identité sur internet, sans qu'elle permette pour autant une protection accrue des titres d'identité. En effet, c'est du côté de la fraude documentaire que se trouve l'arsenal le plus vaste qui incrimine notamment : le faux et son usage¹¹⁴³, le faux commis dans un document délivré par une administration publique¹¹⁴⁴, le faux en écriture publique¹¹⁴⁵, la demande frauduleuse d'un document par une administration¹¹⁴⁶. En outre, la simple détention d'un faux est aussi incriminée¹¹⁴⁷.

438. En réponse aux deux risques de fraude, à savoir l'usurpation ou la multiplication des preuves d'identité, le recours à un identifiant biométrique, le plus souvent l'empreinte digitale, est requis pour s'assurer qu'à une personne n'est délivré qu'un seul jeu de papier d'identité... Effectivement, considérée comme une preuve unique de l'identité, l'empreinte digitale permet de s'assurer de l'existence d'une demande préalable ainsi que de l'intégrité des données. Comme le déclare le Conseil d'État « *la consultation des empreintes digitales contenues dans le traitement informatisé ne peut servir qu'à confirmer que la personne présentant une demande de renouvellement d'un passeport est*

¹¹³⁹ code pénal article 433-19 » *Est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait, dans un acte public ou authentique ou dans un document administratif destiné à l'autorité publique et hors les cas où la réglementation en vigueur autorise à souscrire ces actes ou documents sous un état civil d'emprunt : 1° De prendre un nom ou un accessoire du nom autre que celui assigné par l'état civil ; 2° De changer, altérer ou modifier le nom ou l'accessoire du nom assigné par l'état civil. »*

¹¹⁴⁰ Article 781 du code de procédure pénale.

¹¹⁴¹ Loi d'orientation et de la programmation pour la performance de la sécurité intérieure n°2011-267 du 14 mars 2011.

¹¹⁴² « *Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne.* »

¹¹⁴³ Article 441-1 du code pénal.

¹¹⁴⁴ Article 441-2 du code pénal.

¹¹⁴⁵ Article 441-4 du code pénal.

¹¹⁴⁶ Article 441-6 du code pénal.

¹¹⁴⁷ Article 441-3 du code pénal.

bien celle à laquelle le passeport a été initialement délivré ou à s'assurer de l'absence de falsification des données contenues dans le composant électronique du passeport »¹¹⁴⁸.

Dès lors, cette utilisation de la biométrie pour limiter le nombre de vrais faux documents dans le système est distincte de la recherche de l'identité de la personne.

439. Deuxième élément structurant, corollaire du précédent, le recours à la biométrie comme preuve *a minima* de la délivrance du titre implique la centralisation de ces données et donc l'existence d'une base de données centrale¹¹⁴⁹. Cette dernière pouvant s'apparenter *de facto* à une base de données de population¹¹⁵⁰, parfois masquée derrière le fichage des « honnêtes gens »¹¹⁵¹. En son absence, les possibilités de fraudes sont démultipliées puisqu'une personne mal intentionnée peut demander plusieurs titres d'identité, sans contrôle. C'est précisément là que se trouve pour le Conseil constitutionnel le motif d'intérêt général justifiant les atteintes à la vie privée. À cet effet, ce dernier précise « *que la création d'un traitement de données à caractère personnel destiné à préserver l'intégrité des données nécessaires à la délivrance des titres d'identité et de voyage permet de sécuriser la délivrance de ces titres et d'améliorer l'efficacité de la lutte contre la fraude ; qu'elle est ainsi, justifiée par un motif d'intérêt général* »¹¹⁵². Mais le juge de la rue Montpensier va plus loin qu'une simple autorisation pour l'utilisation de la biométrie afin de sécuriser la délivrance des titres : il interdit les autres traitements de données possibles utilisant une base de données centralisée. En effet, cette utilisation est considérée comme constitutionnelle si et seulement si la vérification d'identité est en rapport avec la détermination de l'intégrité des données contenues dans le titre. Dans une hypothèse contraire, par exemple en cas de sollicitation dans le cadre d'une enquête, les bases de données enregistrant les informations contenues dans les documents d'identité ne peuvent être sollicitées sans porter « *au droit au respect de la*

¹¹⁴⁸ CE, ass, 26 octobre 2011, Société pour la promotion de l'image et autres, n°317827

¹¹⁴⁹ V. TCHEN, « La base de données du passeport biométrique », *Droit Adm.*, vol. 1, 2012, pp. 1–10.

¹¹⁵⁰ Voir notamment : P. PIAZZA : <http://insecurite.blog.lemonde.fr/2011/11/01/fichage-general-de-la-population-la-justice-contrarie-le-ministere-de-l-e2%80%99interieu> -

¹¹⁵¹ Pour reprendre l'expression du sénateur F. PILLET Rapporteur du projet de loi sur la protection de l'identité au sujet de la base de données biométriques censurée par le conseil constitutionnel. Voir notamment : R. GRAND, « Le Conseil constitutionnel censure le « fichier des gens honnêtes » », *AJDA*, 2012, p. 623

¹¹⁵² Cons. Constit., Décision n°2012-652 DC du 22 mars 2012 *Loi relative à la protection de l'identité*

vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi »¹¹⁵³.

440. Toujours concernant la conciliation entre la vie privée des personnes et la nécessité de sécuriser la délivrance des titres, une technologie dite de « lien faible » permet de déplacer le curseur vers une protection accrue des droits fondamentaux. En ce sens, « L'architecture du fichier limite des utilisations abusives ou illégales. »¹¹⁵⁴ Et contrairement aux bases de données à « lien fort » ou à « lien crypté » qui permettent d'obtenir l'état civil à partir des données biométriques et inversement, les bases de données à « lien faible » permettent uniquement de savoir si les données biométriques ont déjà donné lieu à la délivrance d'un titre. Comme l'explique Philippe Goujon « *Dans une base de données à « lien faible », les données biographiques et biométriques d'une personne ne peuvent être croisées, sauf au moment de la délivrance du titre. En effet, à une empreinte correspond techniquement dans de telles bases de données non pas une identité, mais un ensemble d'identités. Il n'est donc pas possible de déterminer l'identité qui correspond à une empreinte donnée.* »¹¹⁵⁵. Cependant, si la description de cette technologie irrigue les rapports parlementaires, force est de constater qu'elle n'a jamais été juridiquement prévue. Et concernant la loi sur la protection de l'identité¹¹⁵⁶, le Sénat avait modifié son article 5 afin que la consultation de la base de données centralisée utilise justement le lien faible. Néanmoins, durant la seconde lecture de cette proposition de loi, l'Assemblée Nationale a supprimé cette modalité d'utilisation au profit d'un lien fort, ce qui a eu pour conséquence la censure du Conseil constitutionnel¹¹⁵⁷.

B. Une fonction opérante : Authentifier les titres

441. L'authentification est une opération¹¹⁵⁸ permettant de prouver la « *qualité d'un document dont l'auteur ou l'origine sont attestés notamment par certificat* »¹¹⁵⁹. En ce

¹¹⁵³ Cons. Constit., Décision n°2012-652 DC du 22 mars 2012 *Loi relative à la protection de l'identité*

¹¹⁵⁴ J.-R. LECERF., *Identité intelligente et respect des libertés*, Rapport d'information n° 439 (2004-2005), fait au nom de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 29 juin 2005. p. 110.

¹¹⁵⁵ P. GOUJON, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, adoptée avec modifications par le sénat en deuxième lecture, relative à la protection de l'identité*, n°4016, 30 novembre 2011, p 8.

¹¹⁵⁶ C. KLEITZ, « Un jeu de tactique législative », *Gaz. du Palais*, vol. 314, 2011, p. 3.

¹¹⁵⁷ Cons. Constit., n°2012-652 DC du 22 mars 2012, *loi relative à la protection de l'identité*.

¹¹⁵⁸ Authentification in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

¹¹⁵⁹ Authentique in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

qui concerne les documents biométriques d'identité, c'est la comparaison des mesures corporelles qui fait office de certificat. Mais plus précisément, comme le remarque J. Boucher « *la biométrie peut [...] se voir assigner une fonction d'authentification. Celle-ci consiste à s'assurer qu'une personne a bien l'identité qu'elle revendique. Pour cela, il suffit de comparer la caractéristique biométrique pertinente de cette personne avec la représentation de cette caractéristique associée à son identité dans l'enregistrement réalisé lors de l'enrôlement : on parle de comparaison « un contre un ».* À la différence de l'identification, l'authentification ne rend donc pas absolument nécessaire la constitution d'un fichier : les données biométriques peuvent en effet être enregistrées sur un support décentralisé »¹¹⁶⁰. Ainsi et il s'agit d'une distinction structurelle avec l'identification, par nature l'authentification d'un titre ne nécessite pas de base de données centralisée. Et c'est cette absence qui est la principale justification à son régime juridique moins contraignant pour les personnes privées.

442. Tout d'abord, concernant les traitements mis en œuvre pour le compte de personnes privées, la CNIL a une interprétation extensive du concept d'authentification puisque au-delà des systèmes utilisant un support individuel pour stocker les données biométriques¹¹⁶¹, elle fait rentrer les systèmes de contrôle d'accès dans cette catégorie juridique. Or, indépendamment des systèmes d'accès à des locaux, il existe d'autres systèmes qui permettent l'accès à des ordinateurs ou des téléphones portables. Et si les traitements strictement privés sont exclus du champ d'application de la loi informatique et libertés ¹¹⁶², il est possible de constater que ces systèmes se sont généralisés. Ces derniers systèmes, connus sous l'appellation « BYOD ¹¹⁶³ », peuvent contenir en mémoire plus d'un jeu d'identifiant biométrique. Pourtant, la CNIL considère que le

¹¹⁶⁰J. BOUCHER, Conclusion sous l'arrêt CE, ass, 26 octobre 2011, *Société pour la promotion de l'image et autres*, n°317827.

¹¹⁶¹ Voir notamment CNIL, Autorisation unique n° AU-008 - Délibération n°2006-102 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail

¹¹⁶² Article 2 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹¹⁶³ Bring your own device

contrôle d'accès d'un ordinateur grâce à un système biométrique¹¹⁶⁴ relève de l'authentification¹¹⁶⁵.

443. Toutefois, en ce qui concerne l'utilisation par l'État au sein des documents d'identité d'éléments biométriques pour authentifier ces derniers sont autorisés en vertu de l'article 27 de la loi informatique et libertés ¹¹⁶⁶, deux éléments semblent pertinents. Tout d'abord, cette fonction ne modifie que très marginalement l'équilibre entre la protection des droits fondamentaux et les nécessités de l'ordre public par rapport aux éléments utilisés précédemment. En effet, l'absence de base de données centralisée et la nécessité de disposer matériellement du titre d'identité, implique que dans cette acception, l'authentification biométrique peut s'apparenter à un contrôle classique basé sur une photographie d'identité.

444. De plus, cette fonction considérée comme moins attentatoire aux droits fondamentaux¹¹⁶⁷ est systématiquement mise en avant pour justifier « politiquement » l'usage d'identifiant biométrique. Résultante d'une imbrication normative toujours plus importante¹¹⁶⁸ l'appréhension de l'authentification biométrique comme la panacée à la

¹¹⁶⁴ CNIL, Autorisation unique n° AU-027 - Délibération n° 2011-074 du 10 mars 2011 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale et ayant pour finalité© le contrôle de l'accès aux postes informatiques portables professionnels

¹¹⁶⁵ Article 5 de l'autorisation unique n° AU-027 de la CNIL « *Le responsable du traitement prend toutes précautions utiles pour préserver la sécurité et la confidentialité des données traitées et, notamment, pour empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou que des tiers non autorisés puissent en prendre connaissance. L'authentification de l'utilisateur à l'application de gestion du dispositif biométrique s'effectue soit par le dispositif biométrique lui-même, soit par tout autre moyen tel qu'un identifiant et un mot de passe* »

¹¹⁶⁶ « I. - Sont autorisés par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés : 1° Les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État, d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, qui portent sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques ; 2° Les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'État qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes. II. - Sont autorisés par arrêté ou, en cas de traitement opéré pour le compte d'un établissement public ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, par décision de l'organe délibérant chargé de leur organisation, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés : 1° Les traitements mis en œuvre par l'État ou les personnes morales mentionnées au I qui requièrent une consultation du répertoire national d'identification des personnes physiques sans inclure le numéro d'inscription à ce répertoire ; [...] »

¹¹⁶⁷ Voir notamment Rapport du Credoc, Les Français se montrent réservés sur l'usage de la biométrie dans La vie quotidienne. <http://www.credoc.fr/pdf/Rapp/R291.pdf>

¹¹⁶⁸ « *Cartes d'identité et passeports recourent de plus en plus souvent aux techniques de la biométrie et de l'électronique, afin d'éviter la fraude et l'usurpation d'identité et permettre l'authentification. Dans ce*

sécurisation des titres se retrouve à tous les niveaux de la pyramide des normes. Que ce soit l'organisation internationale de l'aviation civile¹¹⁶⁹, les institutions de l'Union européenne¹¹⁷⁰ ou le législateur, l'authentification biométrique des documents d'identité semble être considérée comme un moindre mal au vu de ce qu'elle permet : s'assurer de l'exactitude des informations d'état civil contenues dans le support individuel. À cet égard la loi relative à la protection de l'identité¹¹⁷¹, censurée par le Conseil constitutionnel¹¹⁷² est édifiante puisque c'est sous couvert de mise en place d'un système d'authentification justifiant le recours à la biométrie qu'avait été prévue la mise en place de la base de données centralisée censurée. Comme le précise le Conseil pour motiver sa censure « *compte tenu de son objet, ce traitement de données à caractère personnel est destiné à recueillir les données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française ; que les données biométriques enregistrées dans ce fichier, notamment les empreintes digitales, étant par elles-mêmes susceptibles d'être rapprochées de traces physiques laissées involontairement par la personne ou collectées à son insu, sont particulièrement sensibles ; que les caractéristiques techniques de ce fichier définies par les dispositions contestées permettent son interrogation à d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne ; que les dispositions de la loi déferée autorisent la consultation ou l'interrogation de ce fichier non seulement aux fins de délivrance ou de renouvellement des titres d'identité et de voyage et de vérification de l'identité du possesseur d'un tel titre, mais également à d'autres fins de police administrative ou judiciaire ;* ». Partant, la question de l'encadrement des finalités, par le biais du contrôle de proportionnalité est un élément central pour limiter le développement de la biométrie, car comme l'a montré le Conseil constitutionnel, la frontière est parfois poreuse, la finalité

domaine, des règles nationales peuvent, dans ce contexte de la mondialisation, être dépourvues de tout caractère opératoire par l'ignorance des législations étrangères et par la même, écartées » CCNE, Avis n°98 Biométrie données identifiantes et droits de l'Homme.

¹¹⁶⁹ Voir notamment OIAC, Document n°9303, Document de voyage lisible en machine

¹¹⁷⁰ Règlement n° 2252/2004 du conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres

¹¹⁷¹ Loi n° 2012-410 du 27 mars 2012 relative à la protection de l'identité

¹¹⁷² Cons. Constit., Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*.

d'authentification pouvant, dans certaines hypothèses, masquer une nouvelle approche de la fonction d'identification.

Paragraphe 2. des fonctions relatives au porteur de la preuve de l'identité.

445. Souvent considérée comme la seule fonction poursuivie par la biométrie¹¹⁷³, « l'identification consiste à déterminer quelle est l'identité d'une personne qui ne peut ou ne veut la révéler. Pour cela, il faut pouvoir comparer la caractéristique biométrique pertinente de cette personne avec celle de l'ensemble des personnes auprès desquelles on a préalablement recueilli la même caractéristique : on parle de comparaison « un contre n », n'étant le nombre de personnes « enrôlées ». L'utilisation de la biométrie à des fins d'identification suppose donc l'existence d'un fichier rassemblant les données relatives à l'ensemble de la population concernée. »¹¹⁷⁴ Ainsi, l'identification peut s'apparenter à une « action »¹¹⁷⁵ qui consiste à rechercher l'identité entre les informations corporelles portées par la personne et les informations enregistrées. Dans cette perspective, l'identification s'apparente alors à une correspondance. Cette correspondance est de nature spécifique puisque étant organisée entre les données corporelles et l'ensemble des données contenues dans une base de données ou, pour être plus précis, au premier retour satisfaisant. Juridiquement, l'identification biométrique est le plus souvent considérée comme plus attentatoire aux libertés que la simple authentification. Cependant, si cette position se confirme par son étude, il faut constater que si sur le plan pratique on assiste à un développement de la finalité d'identification (A1), cette dernière a pour corollaire la disparition des autres fonctions qui jusque-là étaient l'apanage des systèmes biométriques (B).

¹¹⁷³ « Technique d'identification de la personne physique par reconnaissance de certaines de ses caractéristiques physiques préalablement enregistrées ». « Biométrie » in S. GUINCHARD, *Lexiques des termes juridiques 2014-2015*, Dalloz, p. 129.

¹¹⁷⁴ Conclusion BOUCHER sous l'arrêt CE, ass, 26 octobre 2011, *Société pour la promotion de l'image et autres*, n°317827

¹¹⁷⁵ « Action d'identifier, de s'identifier » Identification in E. LITRE, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, p. 1839.

A. Une généralisation de la fonction identificatrice

446. Les fonctions identificatrices semblent au premier abord connaître un régime juridique très restrictif qui se singularise par un double niveau de contrôle relevant tant de la première des autorités administratives indépendantes que du juge. Cependant, si cet encadrement juridique perdure pour les traitements de données mis en œuvre par des personnes privées ou par des personnes publiques (1) concernant les bases de données de ces dernières et plus précisément de l'État, on assiste à un recours à des stratégies dans le choix de la norme qu'il est possible de considérer comme des stratégies de contournement des droits fondamentaux et notamment par les juges nationaux (2).

1. Un encadrement par la CNIL

447. Du fait de ce qu'elle révèle sur l'individu, l'identification connaît aux termes de la loi informatique et libertés un régime juridique très contraignant édicté par des normes spéciales tant nationales¹¹⁷⁶ qu'européennes¹¹⁷⁷. Au terme d'une évolution historique, le régime juridique des données personnelles notamment dans leur rapport avec la vie privée est soumis à un encadrement spécifique comme le note G. ARMAND « *il n'y a plus aucune difficulté à constater que c'est une autorité administrative indépendante, la CNIL et non l'autorité judiciaire, qui constitue la pièce maîtresse de la protection* »¹¹⁷⁸. Et cette autorité administrative indépendante, créée en 1978, s'est vue progressivement attribuer un grand nombre de prérogatives¹¹⁷⁹ qualifiées de « *quête de pouvoir* »¹¹⁸⁰ de la CNIL par certains auteurs. Concernant les traitements de données à caractère personnel et afin d'identifier des personnes physiques, ses pouvoirs sont doubles. Par principe, en application de l'article 25 de la loi de 1978, les systèmes biométriques identificatoires relèvent du régime de l'autorisation et non du régime de droit commun que constitue la simple déclaration. Et c'est à cause de ce régime juridique que la CNIL se voit *a priori*

¹¹⁷⁶ Notamment la loi informatique et libertés

¹¹⁷⁷ Voir la Convention 108 du Conseil de l'Europe sur la protection des données personnelles

¹¹⁷⁸ G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC.*, vol. 65, n°1, 2006, p. 60.

¹¹⁷⁹ EN effet, les lois ayant modifiés la loi informatique et libertés ont permis à la CNIL de développer un certain nombre de compétence que ce soit le contrôle sur place ou un pouvoir de sanction.

¹¹⁸⁰ C. BLOUD-REY, « Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? Analyse et perspectives », *Rec. Dalloz*, 2013, p. 2795.

dotée d'un rôle étendu. Concernant la nature juridique de cette autorisation elle est logiquement un acte faisant grief susceptible de recours devant le juge administratif. De plus, les pouvoirs du juge sont relativement étendus puisque ce dernier contrôle à la fois le classement du traitement dans l'un des deux régimes¹¹⁸¹ et, au terme d'un contrôle normal¹¹⁸², la motivation de l'autorisation¹¹⁸³. Effectivement, si le régime juridique de l'autorisation donne des prérogatives renforcées à cette AAI, il est possible de constater qu'il lui est possible de faire sortir certains traitements de ce régime pour les soumettre au régime de droit commun à savoir la simple déclaration. Ce déclassement juridique a été mis en place par la CNIL notamment pour les systèmes sans traces, l'utilisation d'une simple déclaration de conformité en vertu de l'article 24¹¹⁸⁴ de la loi informatique et libertés ayant été autorisé. En effet, alors que les utilisations de système biométrique avec trace sont limitées à des fonctions d'authentification¹¹⁸⁵, la biométrie sans trace est quant à elle utilisable pour des finalités spécifiques pouvant être considérées comme relevant de la fonction d'identification. En effet, que ce soit en matière de contrôle d'accès du

¹¹⁸¹ CE, 28 mars 2014, n° 361042 publié au Lebon.

¹¹⁸² CE 16 nov.1990 ,AJDA 1991. p.214

¹¹⁸³ CE, 26 mai 2014, n° 354903 Publié au Lebon

¹¹⁸⁴ « I. - Pour les catégories les plus courantes de traitements de données à caractère personnel, dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés, la Commission nationale de l'informatique et des libertés établit et publie, après avoir reçu le cas échéant les propositions formulées par les représentants des organismes publics et privés représentatifs, des normes destinées à simplifier l'obligation de déclaration. Ces normes précisent : 1° Les finalités des traitements faisant l'objet d'une déclaration simplifiée ; 2° Les données à caractère personnel ou catégories de données à caractère personnel traitées ; 3° La ou les catégories de personnes concernées ; 4° Les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données à caractère personnel sont communiquées ; 5° La durée de conservation des données à caractère personnel. Les traitements qui correspondent à l'une de ces normes font l'objet d'une déclaration simplifiée de conformité envoyée à la commission, le cas échéant par voie électronique. II. - La commission peut définir, parmi les catégories de traitements mentionnés au I, celles qui, compte tenu de leurs finalités, de leurs destinataires ou catégories de destinataires, des données à caractère personnel traitées, de la durée de conservation de celles-ci et des catégories de personnes concernées, sont dispensées de déclaration. Dans les mêmes conditions, la commission peut autoriser les responsables de certaines catégories de traitements à procéder à une déclaration unique selon les dispositions du II de l'article 23. »

¹¹⁸⁵ CNIL, Autorisation unique n° AU-008 - Délibération n°2006-102 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail

salarié à son lieu de travail¹¹⁸⁶ ou celui du collégien à la cantine¹¹⁸⁷, ce qui est recherché c'est le contrôle d'accès à partir d'éléments biométriques « sans trace », cette dernière qualité conditionnant sauf exception¹¹⁸⁸ l'existence d'une base de données. Cette finalité, inscrite à l'article un des différentes autorisations uniques, implique une identification de la personne entendue comme la recherche d'une correspondance entre une base de données centrale et les informations corporelles.

448. Quant aux traitements pour le Compte de l'État ou d'une personne publique, au-delà du régime juridique précédemment mentionné, il faut distinguer les traitements intéressant la sécurité des personnes et des biens de ceux qui « *portent sur des données biométriques nécessaires [...] au contrôle de l'identité des personnes* ». Dans le premier cas, prévu à l'article 26¹¹⁸⁹ de la loi informatique et libertés, la CNIL ne doit donner qu'un avis simple et motivé pour l'arrêté du ou des ministres compétents, sous réserve que les données traitées ne soient pas listées à l'article 8-1¹¹⁹⁰ de la loi. Dans cette

¹¹⁸⁶ CNIL, Autorisation unique n° AU-019 - Délibération n°2009-316 du 7 mai 2009 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance du réseau veineux des doigts de la main et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail. Voir aussi : CNIL, Autorisation unique n° AU-007 - Délibération n°2012-322 du 20 septembre 2012 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail

¹¹⁸⁷ CNIL, Autorisation unique n° AU-009 - Délibération n°2006-103 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel reposant sur l'utilisation d'un dispositif de reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalité l'accès au restaurant scolaire

¹¹⁸⁸ Délibération n°2010-033 du 11 février 2010 autorisant la mise en œuvre par le Centre Oscar Lambret de Lille d'un traitement de données à caractère personnel reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale avec base centralisée et ayant pour finalité le contrôle de l'identité des patients pris en charge en radiothérapie.

¹¹⁸⁹ « I. - Sont autorisés par arrêté du ou des ministres compétents, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'Etat et :

1° Qui intéressent la sûreté de l'Etat, la défense ou la sécurité publique ;

2° Ou qui ont pour objet la prévention, la recherche, la constatation ou la poursuite des infractions pénales ou l'exécution des condamnations pénales ou des mesures de sûreté.

L'avis de la commission est publié avec l'arrêté autorisant le traitement.

II. - Ceux de ces traitements qui portent sur des données mentionnées au I de l'article 8 sont autorisés par décret en Conseil d'Etat pris après avis motivé et publié de la commission ; cet avis est publié avec le décret autorisant le traitement. [...] »

¹¹⁹⁰ « Il est interdit de collecter ou de traiter des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci. »

hypothèse, c'est la procédure prévue à l'article 27¹¹⁹¹ de la loi informatique et libertés qui est applicable. Cette procédure est plus complexe puisque le « *décret en Conseil d'État* » doit être « *pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés* ».

2. Un contournement de l'encadrement juridique standard

Cependant, il est possible de systématiser un contournement de la compétence de cette autorité administrative indépendante pour les bases de données étatiques. Ce contournement est de double nature, soit pour le pouvoir exécutif par l'utilisation des traités internationaux comme moyen de se protéger d'une éventuelle censure par une juridiction interne soit par le recours au législateur pour légaliser de telles bases créées par la pratique¹¹⁹².

449. Dans le premier type de contournement, le pouvoir exécutif utilise les traités internationaux pour « contourner » les procédures de droit interne. En effet, concernant ces derniers, il dispose d'une latitude plus grande pour la conception et la mise en place de ces fichiers, tout en ne les considérant « que » comme un socle minimum¹¹⁹³. Ainsi se trouve une des explications concernant le « caractère fortement européenisé »¹¹⁹⁴ de ce

¹¹⁹¹ « I. - Sont autorisés par décret en Conseil d'Etat, pris après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés :

1° Les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'Etat, d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, qui portent sur des données parmi lesquelles figure le numéro d'inscription des personnes au répertoire national d'identification des personnes physiques ;

2° Les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre pour le compte de l'Etat qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes. [...] »

¹¹⁹² « Ce phénomène est symptomatique de l'empirisme qui préside à la création des fichiers de police. Les services de police et de gendarmerie conçoivent et mettent en œuvre les outils dont ils ont besoin. Une fois les fichiers pleinement opérationnels, les services s'attachent alors à les sortir d'une forme de « clandestinité » et à leur donner une base juridique conforme aux lois et règlements. L'acte juridique autorisant ledit traitement ne fait alors que reprendre et constater un simple état de fait ». D. BATHO & J.-A., BENISTI, rapport d'information sur les fichiers de police, n° 1548, 24 mars 2009 p. 43.

¹¹⁹³ « Considérant, d'une part, qu'à la date à laquelle le décret attaqué a été pris, aucune disposition du Traité sur l'Union européenne ou du Traité instituant la Communauté européenne ne confèrait à l'Union ou à la Communauté européenne une compétence exclusive pour fixer les règles relatives aux traitements automatisés de données à caractère personnel des citoyens des Etats membres » CE Ass., 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image, n°317827

¹¹⁹⁴ F. CHALTIEL, « Le passeport devant le Conseil d'état », *Les Petites Affiches*, vol. 248, n°9, 2011, p. 10.

droit. Toutefois, l'utilisation des traités comme instrument de contournement implique que ce droit ne soit pas du droit européen dérivé, dans la détermination duquel la place de l'État est marginale, mais, *a contrario*, soit du droit européen primaire, soit du droit issu de procédures de coopération renforcée laissant alors une grande latitude aux États, tant dans l'existence de cette coopération que dans la détermination substantielle de ce droit national. Concernant la mise en place du passeport biométrique, les décrets renvoyaient à un Règlement du Conseil de l'Union européenne établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres¹¹⁹⁵ dont le premier article prévoit « *Les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres sont conformes aux normes de sécurité minimales décrites dans l'annexe du présent règlement.* ». Ainsi, ce recours à l'instrument normatif international a permis de contourner tant la procédure législative inhérente au projet de loi, par exemple l'obligation d'avis du Conseil d'État¹¹⁹⁶ que les contrôles des articles 61 et 61-1 de la Constitution. Quant à l'absence de recours à des propositions de loi, il s'explique pour la même raison, notamment eu égard à l'interdiction faite à ces derniers de grever le budget de l'État¹¹⁹⁷. Et dans ces deux hypothèses le rôle de la CNIL est alors marginal puisque son champ de compétence est alors purement consultatif. Cette dernière consciente de son incompétence ne s'interroge pas sur le bien-fondé de l'utilisation de la biométrie. Au contraire, elle la considère comme « *rendue nécessaire par les dispositions du règlement du Conseil européen n° 2252/2004 du 13 décembre 2004, dans la mesure où il fait obligation aux États membres de délivrer, [...], des passeports dotés de composants électroniques comportant les éléments biométriques précités.* »¹¹⁹⁸. Ainsi, concernant le passeport biométrique, le gouvernement est passé outre l'avis négatif de la CNIL¹¹⁹⁹ en ce qui concerne la conservation de huit empreintes digitales dans la base de données centrale, alors même que ces enregistrements « *ne résultent pas des prescriptions dudit*

¹¹⁹⁵ Règlement n° 2252/2004 du conseil du 13 décembre 2004 établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres

¹¹⁹⁶ Article 39 de la Constitution de 1958

¹¹⁹⁷ Article 51 de la Constitution de 1958

¹¹⁹⁸ Délibération n°2007-368 du 11 décembre 2007 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques

¹¹⁹⁹ Délibération n°2007-368 du 11 décembre 2007 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques

règlement européen ». Cette position sera reprise à l'identique par le juge administratif, qui censure sur ce motif le décret d'application, redonnant alors à cette base de données sa fonction première, à savoir l'authentification au détriment de la fonction latente dans le décret censuré à savoir l'identification. Néanmoins, cette stratégie de choix du dispositif normatif, le recours aux *médiums* les moins contraignants notamment au regard des droits fondamentaux, se retrouve aussi à un niveau moins élevé de la pyramide des normes.

450. Effectivement, dans le second type de contournement de la compétence traditionnelle, l'élément à contourner est la censure par le juge d'un texte réglementaire soit pour défaut de base légale, soit, cas plus grave, ce dernier porterait atteinte aux droits fondamentaux du demandeur. Concernant cette utilisation du législateur il faut constater que « *le véritable changement, qui induit un regard amoindri de la CNIL sur la création de fichiers, est tout autre : [...] de plus en plus, la création de fichiers relève du législateur. Or, dans ces cas-là bien sûr, le législateur est souverain et la CNIL n'est pas toujours consultée.* »¹²⁰⁰ Néanmoins, au-delà de cette marginalisation de la CNIL, il faut constater que le juge peut utiliser des éléments de contrôle utilisés par la CNIL, notamment « *se saisir de textes supra législatifs pour faire la leçon à la loi* »¹²⁰¹. Concernant le défaut de base légale, il faut constater que cette utilisation n'est pas marginale et constitue même la justification première des lois sur les bases de données biométriques identificatrices. Ainsi, la loi n° 98-468 du 17 juin 1998, relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi, qu'à la protection des mineurs institue le FNAEG afin de légaliser le fichier tenu par la police judiciaire parisienne sans autorisation juridique. Ce dernier fichier a fait preuve d'une certaine efficacité puisqu'il a permis en mars 1998 de confondre le tueur de l'est parisien : Guy Georges. Cependant, tous les fichiers d'identification ne connaissent pas cette légalisation a posteriori, comme l'ont montré les députés D. BATHO et J.A BENISTI dans leur rapport sur les fichiers de police « *En effet, l'absence de base juridique pour certains fichiers et la coexistence de deux régimes juridiques pour créer des fichiers ne va pas sans accentuer l'opacité du*

¹²⁰⁰ F. GIQUEL, « La CNIL exerce-t-elle un contrôle des fichiers de police suffisant ? François », *AJ Pénal*, 2007, pp. 69-70.

¹²⁰¹ N. MOLFESSIS, « loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, vol. 126, 2008.

cadre juridique actuel et in fine faciliter l'augmentation du nombre de fichiers de police »¹²⁰².

Il résulte de ces développements que l'encadrement juridique standard ne permet pas de comprendre la réalité concernant la mise en place des éléments biométriques. Mais ce contournement de l'encadrement par les droits fondamentaux est d'autant plus « inquiétant » que la fonction identificatrice tend à se généraliser au détriment des autres fonctions classiques de la biométrie.

B. Une fonction « phagocytant » les fonctions classiques

451. Ainsi, définie, la fonction d'identification entre en contact avec les autres fonctions précédemment mentionnées (sécurisation de la délivrance des titres et authentification), non pas pour les compléter, mais, au contraire, pour les priver de leur utilité. Dans cette perspective, l'existence même de l'*instrumentum* n'est plus nécessaire dès lors que les identités sont centralisées et interrogeable à distance au sein d'une base de données. Car, les systèmes dit 1 contre n, en autorisant la comparaison des données corporelles avec une base de données centralisée, permettent de contourner la question de la volonté de la personne. Partant, cette dernière n'est plus tenue de présenter ses papiers, son identification est alors fondée sur le modèle de l'identité judiciaire, la coopération de la personne n'étant ni nécessaire ni suffisante pour comparer les identités. Ainsi, pour l'État le recours à l'identification biométrique permet non seulement de contourner la question de la validité du titre d'identité, mais encore de son existence même. Effectivement, il a précédemment été montré que le recours à la biométrie se justifiait officiellement par la nécessité de sécuriser le maillon faible de l'identité à savoir sa preuve. Avec le recours à l'identification biométrique, la sécurisation du titre n'est plus nécessaire puisque l'utilité de ce dernier tombe en désuétude.

452. Cependant, au-delà du caractère désuet du titre qui favorise la prééminence de l'identification sur les autres fonctions précédemment poursuivies par la biométrie, il faut constater que la nature même de la biométrie implique une confusion de ces fonctions. En effet, singulièrement concernant la biométrie, l'authentification peut être considérée comme une forme d'identification dans la mesure où la correspondance entre les

¹²⁰² D. BATHO & J.-A., BENISTI, *rapport d'information sur les fichiers de police*, n° 1548, 24 mars 2009 p. 46.

informations corporelles et les données contenues dans le titre est considérée juridiquement comme garantissant la sincérité des données et donc des informations d'état civil enregistrées. Le processus d'authentification peut alors être considéré comme une identification à deux temps, recherchant tout d'abord la correspondance d'une partie des données afin de garantir dans un second temps l'identité de la personne.

453. Concernant le passeport, le décret du 30 avril 2008¹²⁰³ annulé par le Conseil d'État¹²⁰⁴ prévoyait l'enregistrement de huit empreintes dans la base de données centralisée et de seulement deux dans le document d'identité. Après avoir exclu les arguments des demandeurs tenant tant à la constitutionnalité qu'à la conventionnalité de la procédure, le Conseil d'Etat va « unifier » le contrôle substantiel du décret (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Convention internationale des droits de l'enfant, loi du 6 janvier 1978), pour en déduire des principes communs¹²⁰⁵ au sein d'un considérant unique selon lequel « *il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'ingérence dans l'exercice du droit de toute personne au respect de sa vie privée que constituent la collecte, la conservation et le traitement, par une autorité publique, d'informations personnelles nominatives, ne peut être légalement autorisée que si elle répond à des finalités légitimes et que le choix, la collecte et le traitement des données sont effectués de manière adéquate et proportionnée au regard de ces finalités* ». C'est alors au nom de son contrôle des finalités, déterminant l'existence d'un lien de proportionnalité¹²⁰⁶ avec les moyens mis en œuvre que le juge du palais royal, en suivant les recommandations du rapporteur public¹²⁰⁷, annule le décret. Ce dernier s'est fondé sur son ambivalence, dans la mesure où la finalité déclarée (la lutte contre la fraude) cache une fonction différente

¹²⁰³ Décret n° 2008-426 modifiant le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports électroniques

¹²⁰⁴ CE, ass, 26 octobre 2011, Société pour la promotion de l'image et autres, n°317827

¹²⁰⁵ Conseil d'Etat, *Rapport du Conseil D'Etat : Le numérique et les droits fondamentaux* 2014, p 86.

¹²⁰⁶ Selon les termes du Conseil d'Etat, reprenant la formulation de l'article 5 de la convention 108 du Conseil de l'Europe une donnée est considérée comme pertinente « *les données pertinentes au regard de la finalité d'un traitement {...} sont celles qui sont en adéquation avec la finalité du traitement et qui sont proportionnées à cette finalité* ». CE, 19 juillet 2010, *Fristot, Charpy*, n° 317182.

¹²⁰⁷ « *une telle collecte n'a aucun intérêt pour détecter l'éventuelle falsification d'un passeport, cette finalité justifiant seulement de conserver un double des données figurant sur celui-ci* ». J. BOUCHER, Conclusion sous l'arrêt CE, ass, 26 octobre 2011, *Société pour la promotion de l'image et autres*, n°317827.

(l'identification). La preuve de cette ambivalence se trouve dans le nombre d'empreintes enregistrées, puisque celles contenues dans la base de données centrale (huit empreintes) dépassaient celles enregistrées dans le titre (deux empreintes) et nécessaires pour s'assurer de l'authentification de ce dernier¹²⁰⁸, comme le constate le juge administratif « *une telle finalité {l'authentification} peut être atteinte de manière suffisamment efficace en comparant les empreintes figurant dans le composant électronique du passeport avec celles conservées dans le traitement, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier en contienne davantage* ». l'existence de ces empreintes surnuméraires s'expliquant par la volonté de mettre en place un système d'identification des personnes « justifié » par l'authentification des titres. Cette multiplication des finalités ayant pour conséquence de rompre le lien de proportionnalité entre la finalité, désormais plurielle et les moyens mis en œuvre. Partant, le juge dans son contrôle des finalités, va plus loin qu'une simple interprétation textuelle, pour s'intéresser, par le biais du contrôle de proportionnalité aux finalités latentes des systèmes biométriques. Quant aux systèmes d'identifications, en rendant supplétifs les documents d'identité, ils impliquent une redéfinition de la preuve d'identité ; désormais, la preuve c'est le corps en lien direct avec l'identité de la personne physique à savoir son état civil. Cependant l'identification précédemment définie comme correspondance peut aussi dans certaines hypothèses, inverser ses rapports en déduisant des mesures corporelles une identité auto référenciée, sans recours nécessaire à l'état civil. Dans cette perspective, le corps n'est plus une preuve de l'identité, il est l'identité.

¹²⁰⁸ « *Considérant [...] que, dans ces conditions, la consultation des empreintes digitales contenues dans le traitement informatisé ne peut servir qu'à confirmer que la personne présentant une demande de renouvellement d'un passeport est bien celle à laquelle le passeport a été initialement délivré ou à s'assurer de l'absence de falsification des données contenues dans le composant électronique du passeport ; qu'une telle finalité peut être atteinte de manière suffisamment efficace en comparant les empreintes figurant dans le composant électronique du passeport avec celles conservées dans le traitement, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier en contienne davantage ; que si le ministre soutient que la conservation dans le traitement automatisé des empreintes digitales de huit doigts, alors que le composant électronique du passeport n'en contient que deux, permettrait de réduire significativement les risques d'erreurs d'identification, cette assertion générale n'a été ni justifiée par une description précise des modalités d'utilisation du traitement dans les productions du ministre, ni explicitée lors de l'audience d'instruction à laquelle il a été procédé ; que, par suite, l'utilité du recueil des empreintes de huit doigts et non des deux seuls figurant sur le passeport n'étant pas établie, la collecte et la conservation d'un plus grand nombre d'empreintes digitales que celles figurant dans le composant électronique ne sont ni adéquates, ni pertinentes et apparaissent excessives au regard des finalités du traitement informatisé ; qu'ainsi, les requérants sont fondés à soutenir que les mesures prescrites par le décret attaqué ne sont pas adaptées, nécessaires et proportionnées et à demander par suite l'annulation de l'article 5 de ce décret en tant qu'il prévoit la collecte et la conservation des empreintes digitales ne figurant pas dans le composant électronique* » , CE, Ass., 26 octobre 2011, Société pour la promotion de l'image et autres, n°317827

Partie 2. La recherche d'une identité par la biométrie

Partie 2. La recherche d'une identité par la biométrie

454. « *L'homme est la mesure de toute chose* »¹²⁰⁹, y compris de lui-même, en ce que ses mesures lui permettent d'être « l'homme » et non « un homme »¹²¹⁰. En effet, si la biométrie se sert du corps comme d'un support, ou comme preuve d'un élément extérieur, désormais nous devons étudier la biométrie comme autonome, c'est-à-dire comme fondant une identité dénuée de lien avec tout autre objet juridique et notamment avec l'état civil. Car, au terme de l'analyse de la biométrie comme moyen, il est manifeste que les systèmes biométriques ne peuvent pas être uniquement considérés comme des preuves de l'état civil. En effet, l'évolution de son analyse comme moyen a conduit à la conclusion que peu à peu la preuve s'autonomisait pour, à terme, remplacer l'identité. Et ce processus se retrouve dans les évolutions des fonctions assignées aux éléments biométriques contenus dans les preuves de l'identité. Ces dernières étant peu à peu uniformisées sous l'empire de l'identification notamment du fait de l'utilisation de bases de données centrales pour confronter les données biométriques.

455. La biométrie comme identité. Mais il est possible d'aller plus loin et de montrer que, si ce processus de remplacement des fonctions de la biométrie existe, il n'est pas pour autant unique. En ce sens, la biométrie n'est pas constituée exclusivement par son rapport à l'identité contenue dans l'état civil, car son utilisation peut dans certaines hypothèses être considérée comme autonome puisqu'elle n'entretient aucun lien avec une identité préétablie en dehors d'elle-même. Dans cette perspective, elle devient son propre référentiel et l'identité devient alors une correspondance, non plus entre l'information corporelle et l'état civil, mais entre l'information corporelle et un de ses précédents enregistrements. Ainsi, la biométrie devient le fondement d'une nouvelle identité, dénuée de lien avec l'état civil.

¹²⁰⁹ « *SOCRATE : Il semble bien que ce que tu dis de la science n'est pas chose banale ; c'est ce qu'en disait Protagoras lui-même. Il la définissait comme toi, mais en termes différents. Il dit en effet, n'est-ce pas que l'homme est la mesure de toutes choses, de l'existence de celles qui existent et de la non-existence de celles qui n'existent pas. Tu as lu cela, je suppose* » Platon, THÉÉTÈTE, Chap XVIII.

¹²¹⁰ Pour cette hypothèse, étonnamment le pronom défini est moins précis que le pronom indéfini puisque « l'homme », vise un homme spatialement déterminé, alors qu'au contraire l'expression un homme vise un homme non identifié.

456. Cette identité autonome créée par l'utilisation de système biométrique se retrouve dans deux de ses fonctions : l'identification et la localisation de la personne. Concernant ces finalités, et plus particulièrement la localisation, l'encadrement juridique émanant du législateur connaît un biais puisqu'il ne prend pas en compte leur spécificité. Cette absence de prise en compte de la localisation dans la conciliation opérée entre la protection de l'ordre public et la défense des droits fondamentaux a pour conséquence de rendre cette dernière incomplète. Partant, les droits fondamentaux mobilisés, notamment la vie privée et la liberté d'aller et venir, pour encadrer ces utilisations de la biométrie ne saisissent que partiellement ces dernières.

457. Dès lors, cette biométrie autonome connaît deux types d'utilisation qu'il convient de retracer. Elle est le fondement de l'identification judiciaire (Titre 1), mais la nature même de cette identification permet d'entrevoir une nouvelle utilisation des systèmes biométriques nécessitant un réaménagement de leur encadrement juridique car, au-delà de l'identification, la biométrie permet la localisation de l'individu (Titre 2).

Titre 1. La biométrie comme fondement de l'identité

458. Désormais, séparée de l'état civil, l'identité se définit alors comme une correspondance dans un référentiel¹²¹¹, entre un gabarit précédemment enregistré et une donnée corporelle. Et par nature cette équivalence est totalement indépendante de l'état civil. Toutefois, cette absence de lien n'est pas une conséquence de l'identification judiciaire, mais au contraire, il est possible de constater qu'historiquement il s'agit là d'une qualité recherchée. Puisque cette dernière est justement construite de manière à contourner l'état civil. Aujourd'hui encore, il est possible de trouver au sein du droit positif des traces de cette séparation avec l'état civil. Par exemple, l'hypothèse prévue à l'article 78-2 al 4¹²¹² du Code de procédure pénale autorise les contrôles « *quel que soit (le) comportement* » de la personne afin de « *prévenir une atteinte à l'ordre public* ». Cette absence de prise en compte d'un élément subjectif pour justifier le contrôle a fait l'objet d'une condamnation par la CJUE¹²¹³ qui a considéré que ce contrôle revêtait « *un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières* ». Quant au Conseil constitutionnel¹²¹⁴, il avait émis une réserve d'interprétation neutralisante en considérant,

¹²¹¹ « *L'identité absolue nous apparait comme une conception de l'esprit excluant toute réalisation pratique. Comme il ne peut y avoir dans la nature deux objets rigoureusement identiques ; comme il serait impossible de trouver dans la nature deux feuilles exactement superposables Dans tous leur détails contour et nervure* » A. DASTRE, « Des empreintes digitales comme procédé d'identification (1907) », in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, p. 174.

¹²¹² « *L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens* ».

¹²¹³ « *Dans ces conditions, il convient de répondre à la seconde question posée que l'article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du règlement n° 562/2006 s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les États parties à la CAAS, l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et des documents prévues par la loi, sans prévoir l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières* ». CJUE, 22 juin 2010, Melki et Abdeli, n° C-188/10 et C-189/10

¹²¹⁴ « *Considérant que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle ; que, toutefois, la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle ; que, s'il est loisible au législateur de prévoir que*

dès 1993, que « *l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle* ». Partant, si les contrôles d'identité connaissent une définition législative extensive, cet aspect est tempéré par la règle de la liberté de la preuve de l'identité, cette liberté entraînant un certain nombre de conséquences. Dans l'hypothèse où une personne contrôlée ne peut produire des preuves de son identité¹²¹⁵, cette absence d'obligation de détenir une preuve de l'identité a pour conséquence l'utilisation des fichiers d'identification judiciaire et la prise d'empreinte attenante afin de déterminer cette identité. Comme le précise la Cour de cassation « *Mais attendu qu'ayant constaté, par motifs adoptés que si l'intéressé avait spontanément déclaré son identité, il n'avait fourni aucun élément permettant d'en justifier, le premier président en a justement déduit que les services de police n'avaient eu d'autre ressource que de procéder à des photographies et des prises d'empreintes digitales aux fins de vérification de la réalité du nom dont il se prévalait* »¹²¹⁶. Dès lors, il est possible de constater que ce caractère supplétif, attribué aux documents d'identité, implique que l'identité renvoyée par ces fichiers soit considérée comme véritable, indépendamment de tous rapports à l'état civil ou à ses preuves. Cependant, la fonction d'identification des personnes, comme activités de police, est intimement liée organiquement à l'État.

459. Police et État. En effet, en amont de la distinction juridique entre police administrative et police judiciaire, dans l'histoire des idées politiques la police comme fonction de l'État est intimement liée à la sécurité comme finalité de son action. Cette finalité lui donne une place structurante vis-à-vis de l'État, certains n'ayant pas hésité à la qualifier de « *miroir de l'État*¹²¹⁷ », « *de pratique constructrice de l'État* »¹²¹⁸ voire de

le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ; que ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que le législateur peut être regardé comme n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties » Cons. Constit., Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*

¹²¹⁵ Article 78-2 du code de procédure pénale.

¹²¹⁶ C. Cass, Civ. 1re, FS-P+B, n° 12-23.463.

¹²¹⁷ M. AUBOUIN, A. TEYSSIER, & J. TULARD, *Histoire et dictionnaire de la police du moyen âge à nos jours*. Bouquins, 2005, p. 3.

¹²¹⁸ M. KALUSZYNSKI, « L'identification ; pratique constructrice de l'Etat Genèse et développement des techniques d'identification en République (XIX-XXIème siècles) Du carnet anthropométrique au passeport

considérer le discours sur cette dernière comme « *un nouveau regard sur l'État* »¹²¹⁹. Ainsi, l'existence de l'identification judiciaire est consubstantielle à l'État puisque sa fonction régaliennne de sécurité implique l'identification et la poursuite des délinquants. Et si l'on assiste à un retour de la sécurité comme concept polymorphe¹²²⁰, c'est un truisme d'affirmer que l'ensemble des grandes théories politiques donne au concept de sécurité une place centrale, voire fondatrice¹²²¹. Chez Hobbes le dépassement de l'état de nature, implique que le souverain ne peut agir « *qu'en vue de la paix et de la sécurité commune* »¹²²². De même chez Rousseau et Locke considéreront cette dernière comme une fonction première de la société¹²²³, voire comme sa fin¹²²⁴. Cette sécurité passe justement par une capacité d'identifier les éléments « déviants »¹²²⁵.

460. Sécurité En droit positif aussi, cette notion *stricto sensu* quasiment absente du bloc de constitutionnalité¹²²⁶, se retrouve dans la loi intimement liée à la police que ce

biométrique », in *Les approches pragmatiques de l'action publique : quels apports pour l'analyse des politiques publiques ? Atelier 7 du Congrès annuel de la Société québécoise de science politique, Ottawa : France (2009) L'identification*, 2009, p 3.

¹²¹⁹ G. NOIRIEL, « L'identification des personnes », in .X. CRETTEZ, & P. PIAZZA, *Du papier à la biométrie : identifier les individus*. Presses de sciences po, 2006. p. 33.

¹²²⁰ « *Ce principe est le fruit de quatre acceptions historiques: la sécurité comme état mental, disposition des grandes sagesse stoïciennes, épicurienne et sceptiques à atteindre la fermeté d'ame face aux vicissitudes du monde; la sécurité comme garantie par l'Etat des droits fondamentaux de la conservation des biens et des personnes, voire comme bien public (surveillance, équilibre des forces, raison d'Etat et état d'exception); la sécurité comme contrôle des flux à notre époque contemporaine, avec ses concepts nouveaux : la "tracabilité", la "précaution, la "régulation" »*. F. GROS, *Le principe sécurité*. Editions Gallimard, p. 1.

¹²²¹ En effet, la question de la sécurité détermine l'existence même du contrat social, celui-ci ayant pour fonction dans une perspective hobbesienne de garantir la sécurité, monopole du Léviathan.

¹²²² T. HOBBS, *Léviathan: ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*. Gallimard, 2000, p. 1027. CH XXIV

¹²²³ « *le premier objet que se sont proposés les hommes dans la confédération civile a été leur sureté mutuelle* » ROUSSEAU œuvre complete III, Pléiade 1964 p 486

¹²²⁴ « *Le salut et la sécurité sont la fin qu'on se propose quand on forme une société politique* » J. LOCKE Second Traité Chapitre 222. Disponible en ligne.

¹²²⁵ Par commodité de langage, nous préférons l'expression déviant par rapport à celle de criminel. En effet, cette dernière catégorie suppose l'existence d'une qualification juridique précise. Or, la question de l'identification judiciaire, notamment dans sa mise en œuvre, dépasse celle de la catégorie de criminel *stricto sensu*. Ainsi, les mendiants, vagabonds et nomades poursuivis par l'identification judiciaire, étaient sûrement des déviants, mais des criminels virtuels.

¹²²⁶ En effet, le vocable « sécurité » est totalement absente de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que de la charte de l'environnement. Quant au corps de la constitution, ce n'est qu'à l'article 73 relatif aux « départements et régions d'outre-mer » qui vise la sécurité en tant que telle. Enfin, le préambule de 1946 en visant la « sécurité matérielle » est peut-être le texte qui se rapproche le plus de la conception de la sécurité comme finalité de la police.

soit aux termes de l'article L 2212-2 du Code général des collectivités territoriales¹²²⁷, relatif la police administrative, ou au sein de l'article 111-1¹²²⁸ du Code de la sécurité intérieure et visant justement à codifier les dispositions relatives à cette dernière¹²²⁹. Et s'» *il faut se méfier de l'emploi des mots* »¹²³⁰, il est possible de constater à la suite du Professeur DELVOLVE que le mot sécurité est le plus souvent adjectivé¹²³¹ et parfois utilisé comme le complément d'un nom¹²³². Partant, la sécurité n'est donc pas un concept univoque. Dès lors, *a minima*, il est possible d'affirmer que ce besoin de « *Tranquillité d'esprit* » [...] dans une occasion où il pourrait y avoir sujet de craindre, »¹²³³ implique pour l'État la nécessité de pouvoir identifier ceux qui veulent y porter atteinte. La sécurité comme composante de l'ordre public, implique l'identification des personnes¹²³⁴

¹²²⁷ « *La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. [...]* »

¹²²⁸ « *La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. L'Etat a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens. Il associe à la politique de sécurité, dans le cadre de dispositifs locaux dont la structure est définie par voie réglementaire, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ainsi que les représentants des professions, des services et des associations confrontés aux manifestations de la délinquance ou œuvrant dans les domaines de la prévention, de la médiation, de la lutte contre l'exclusion ou de l'aide aux victimes.* »

¹²²⁹ Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure

¹²³⁰ P. DELVOLVE, « Sécurité et sûreté : Rapports présentés le 17 octobre 2011 aux Entretiens de l'Académie des sciences morales et politiques », *RFDA*, 2011, p. 1085.

¹²³¹ « « sécurité publique » (CGCT, art. L. 2212-2 et L. 2212-2-1 ; C. part., art. L. 213-2.I.3 ; art. 6 de la L. du 3 avr. 1955 sur l'état d'urgence ; C. défense, art. R. 2352-12) ; « sécurité quotidienne » (L. du 15 nov. 2001) ; « sécurité intérieure » ; « sécurité sociale » (entre autres CSS) ; « sécurité sanitaire » (ord. 7 janv. 2010 ; CSP, art. L. 5311-1 s.) ; « sécurité internationale » (Charte des Nations-Unies) ; « sécurité commune » (Traité sur l'Union européenne), voire « sécurité collective » ; « sécurité civile », « sécurité nationale », « sécurité juridique » (CE 24 mars 2006, KPMG) ; » P. DELVOLVE, « Sécurité et sûreté : Rapports présentés le 17 octobre 2011 aux Entretiens de l'Académie des sciences morales et politiques », *RFDA*, 2011, p. 1085

¹²³² « « sécurité de sa personne » (art. 9 du Pacte international, préc.) ; « sécurité des personnes et des biens » (dans les décisions du Conseil constitutionnel, par exemple celle, fameuse, des 19- 20 janv. 1981 relative à la loi « Sécurité et liberté », avec parfois la variante « sécurité des personnes ou des biens » (C. défense, art. R. 2352-112) ; » P. DELVOLVE, « Sécurité et sûreté : Rapports présentés le 17 octobre 2011 aux Entretiens de l'Académie des sciences morales et politiques », *RFDA*, 2011, p. 1085

¹²³³ E. LITRE, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, p. 1839.

¹²³⁴ « *Considérant qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire* » Cons. Const. Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 loi sur la sécurité intérieure. Cons 8.

pouvant porter atteinte à cet objectif, la sauvegarde de ce dernier ayant valeur constitutionnelle¹²³⁵.

461. Mais, au-delà de la protection de l'ordre public objet de la police administrative, au sein du droit positif, la distinction entre police administrative et police judiciaire peut être utilisée pour préciser ce lien entre identification et sécurité. Dans cette perspective, l'identification des délinquants peut être considérée comme la conséquence d'un échec du maintien de l'ordre public dans son versant sécuritaire. Dès lors, classiquement, si la sécurité et son maintien appartiennent à la police administrative, l'identification des délinquants est du ressort de la police judiciaire. Pourtant, comme il en sera question par la suite, l'enregistrement d'information, notamment concernant les systèmes biométriques avec traces, peut dans certaines hypothèses être du ressort de la police administrative, seules leurs exploitations sont alors une activité de police judiciaire.

462. Identité judiciaire et état civil. Indépendamment de cette classification, il est possible de retracer l'histoire de cette faculté étatique que constitue l'identification des personnes. Avant l'apparition de l'anthropométrie, l'identification judiciaire utilisait l'état civil comme preuve de l'identité des prévenus. Les « sommiers judiciaires »¹²³⁶ enregistraient alors les condamnations en fonction de l'identité contenue dans l'état civil. Très vite ce système s'est révélé inefficace, le délinquant modifiant sa déclaration d'identité pour ne pas apparaître comme un récidiviste. Cette identité créée *ex nihilo* faisait obstacle à toute identification par la reconnaissance d'un état civil. À ce problème de modification de l'identité du délinquant se rajoutaient pour les officiers de police des difficultés inhérentes aux classements, à l'enregistrement et à la conservation des condamnations. Effectivement, dans les sommiers judiciaires saturés¹²³⁷, tout comme

Voir notamment G. ARMAND « que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, vol. 65. pp. 37 – 72, 2006.

¹²³⁵ Cons. Constit. 94-352 DC, 18 janvier 1995, cons. 2, JORF du 21 janvier 1995, p. 1154, Rec. p. 170. Cons. Constit. 99-411 DC, 16 juin 1999, cons. 2, JORF du 19 juin 1999, p. 9018, Rec. p. 75. Cons. Constit. 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 7 à 9, JORF du 19 mars 2003, p. 4789, Rec. p. 211.

¹²³⁶ « les greffiers inscrivait sur un registre les renseignements relatifs à tout délinquant condamné au moins à une peine correctionnelle et tous les trois mois en adressaient copie aux ministères de la Justice et de l'Intérieur » in J. GREGOGNA, Article « Casier judiciaire » Encyclopédie Universalis. Disponible en ligne.

¹²³⁷ « En 1893, les sommiers judiciaires, rattachés jusqu'alors à la police judiciaire et qui comptent près de huit millions de fiches, sont proches de la saturation en raison notamment de leur fonctionnement général et du classement alphabétique employé depuis 1808 » I. ABOUT, « les fondations d'un système national

pour leur remplaçant : le casier judiciaire, un seul système de classement existait¹²³⁸, rendant alors impossible tout croisement d'information. D'ailleurs, la pertinence du choix de ce critère de classement alphabétique fut en son temps très décriée. Et le premier apport d'ALPHONSE BERTILLON fut probablement de « renverser » le système de classement, à savoir partir du criminel pour arriver à l'identité et non, comme précédemment, de l'identité pour aller vers le crime. Et cette logique se retrouve aujourd'hui en droit positif puisque la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'au sein de la catégorie des « fichiers d'identification judiciaire »¹²³⁹ se trouvent outre le casier judiciaire et le FIJAIS¹²⁴⁰ relatif à des condamnations, des fichiers utilisant des mesures du corps comme le FAED¹²⁴¹ ou le FNAEG¹²⁴² en singularisant ces derniers au sein des fichiers de police.

463. Pour faire suite à cette évolution, il est possible de constater que l'approche par la technique de notre objet suit son approche historique¹²⁴³. C'est-à-dire que l'apparition de nouvelles techniques d'identification s'est traduite juridiquement par l'apparition de nouvelles bases de données. Ainsi, les techniques relatives aux empreintes digitales ont été complétées par celles relatives aux empreintes génétiques, ces dernières étant aujourd'hui complétées par l'apparition de procédés traçants¹²⁴⁴, notamment celui de la reconnaissance faciale. Pourtant, indépendamment de cette évolution historique, il est

d'identification policière en France (1893-1914). Anthropométrie, signalements et fichiers », *Genèse*, vol. 54, 2004, p. 34.

¹²³⁸ Alphabétique par le nom.

¹²³⁹ « *Le FIJAIS, créé en 2004, est un fichier d'identification judiciaire, à l'instar du fichier automatisé des empreintes digitales (« le FAED »), du fichier national des empreintes génétiques (« le FNAEG ») et du casier judiciaire national (« le CJNI »), ce dernier étant le plus ancien »* CEDH, 17 décembre 2009, Gardel c. France, n°16428/05.

¹²⁴⁰ Le fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes a été créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

¹²⁴¹ Le fichier automatisé des empreintes digitales a été créé par le Décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

¹²⁴² Le Fichier national automatisé des empreintes génétiques a été créé par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

¹²⁴³ « Depuis BERTILLON et les premières étapes de la police scientifique, les empreintes digitales permettent l'identification d'un individu, car elles sont uniques et peuvent être comparées avec celles conservées dans le fichier de la police. Mais aujourd'hui, un nouveau procédé d'identification est utilisé, celui de l'empreinte génétique, qui consiste à rechercher les caractéristiques de la molécule d'A.D.N. d'un individu, chacun disposant d'un code génétique particulier » S. ROUQUIE, « les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie », *Les Petites Affiches*, vol. 57, n°I, 1998, p. 12.

¹²⁴⁴ F., PILLET, Rapport n° 465, Sénat sur la proposition de loi de M. Gaëtan GORCE et plusieurs de ses collègues visant à limiter l'usage des techniques biométriques, Disponible en ligne.

possible de singulariser au sein de la biométrie autonome l'usage des tests génétiques de par leur rapport synecdoctique¹²⁴⁵ avec le corps. L'apparition de ces tests peut être considérée comme un point de rupture qui nécessite quelques précisions. Comme le note la Professeure Henette-VAUCHEZ Henette-VAUCHEZ « *Dès l'instant où les techniques scientifiques en cause passent de l'anthropométrie à l'identification génétique fondée sur des fragments d'ADN, il faut en effet relire les analyses sur les enjeux de pouvoir liés à l'identité des personnes, à l'aune du saut qualitatif que véhicule nécessairement la génétique* »¹²⁴⁶. Et cette évolution n'est pas uniquement due à l'apparition d'une nouvelle technique *ex nihilo* qui s'imposerait comme la preuve absolue. En effet, il est possible de réinterroger cette mutation aux regards des régimes juridiques attenants à l'*ipse* et l'*idem*. Idéal type des données relatives à la structure corporelle, l'empreinte génétique connaît un régime juridique *ad hoc*, dont toutes évolutions volontaires¹²⁴⁷ ou refus de prélèvement¹²⁴⁸ est pénalement sanctionné. Le régime juridique de l'empreinte génétique, dérivé des grands principes structurant la structure corporelle, est en lui-même organisé pour favoriser l'enregistrement des données, tout en permettant ainsi ce passage de données relatives à l'*ipse* à de nouvelles données, désormais relatives à la structure corporelle. Il implique une mutation de la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et la poursuite des auteurs d'infractions et la protection des droits fondamentaux des individus.

464. Ainsi, ce système judiciaire d'identification s'est d'abord servi du corps et de ses mesures pour fonctionner (Chapitre I), avant que les progrès de la science ne lui permettent d'utiliser un système présenté comme la preuve absolue¹²⁴⁹ : l'empreinte génétique (Chapitre II).

¹²⁴⁵ En effet, l'ADN contient en son sein l'ensemble des mesures corporelles héritées.

¹²⁴⁶ S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Fasc . 520 : droit à la vie , au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *Jurisclasseur*, 2007, pp. 1–32.

¹²⁴⁷ Voir notamment l'article 16-4 du code civil qui précise « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.* »

¹²⁴⁸ Voir notamment l'article 706-56 du code de procédure pénale.

¹²⁴⁹ Y. PADOVA, « A la recherche de la preuve absolue . Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes », *Arch. Polit. criminelle*, vol. 26, 2004, p. 71. Et O. Pascal et A. SCHLENK, « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ Pénal*, 2004, p. 24-26

Chapitre 1. La recherche d'une identification corporelle autonome

465. Les registres d'état civil ont occupé jusqu'au XIXe siècle une place centrale dans la détermination de l'identité criminelle. Pourtant, dès le début de ce siècle, les préoccupations concernant l'identification des criminels ont évolué concomitamment aux objets de la répression pénale qui se sont recentrés autour de la récidive et de sa sanction. Dans cette perspective, la question de l'identité ne se pose plus comme pour les primo délinquants, dans l'établissement d'un rapport avec l'état civil, mais comme une correspondance entre des informations précédemment enregistrées et les mesures du prévenu.

466. La récidive. En effet, cette définition de l'identité par l'utilisation des fichiers judiciaires remonte au XIXe siècle puisque, l'identification judiciaire moderne est apparue parallèlement aux travaux de QUETELET pour lequel « *ce sont toujours les mêmes criminels qui commettent les mêmes crimes* »¹²⁵⁰. Dans une France « *malade de la récidive* »¹²⁵¹, la question de la reconnaissance des récidivistes devient alors centrale puisque « *l'identification devient [...] une condition de la répression* »¹²⁵². Mais, la nécessité d'identifier les récidivistes ne poursuit pas comme unique finalité l'identification des auteurs d'infractions. Car, parallèlement, cette identification des récidivistes est également une condition nécessaire pour l'application de la loi sur la

¹²⁵⁰ Article « Anthropométrie » in M. AUBOUIN, A. TEYSSIER, & J. TULARD, *Histoire et dictionnaire de la police du moyen age à nos jours*. Bouquins, 2005, p. 550.

¹²⁵¹ M. KALUSZYNSKI, ALPHONSE BERTILLON et l'anthropométrie, in *Maintien de l'ordre et polices en France et en Europe au XIXe siècle*, Creaphis, 1987, p. 270.

¹²⁵² M. KALUSZYNSKI, ALPHONSE BERTILLON et l'anthropométrie judiciaire. L'identification au cœur de l'ordre républicain », *Criminocorpus*, 12-May-2014. Disponible en ligne.

relégation¹²⁵³ du 27 mai 1815¹²⁵⁴. Et cette loi, loin d'être marginale, répondait à une réelle demande politico sociétale puisque la grande crainte du XIXe siècle portait justement sur la récidive¹²⁵⁵, catégorie de crime nécessitant pour exister l'identification des délinquants. C'est pour apporter de nouvelles réponses à cet ancien problème que le code d'instruction criminelle de 1808 instaurant les sommiers judiciaires¹²⁵⁶, ou la loi de 1899 instaurant le casier judiciaire¹²⁵⁷, ont essayé de mettre en place des fichiers papier afin de reconnaître les criminels. Cependant, ces systèmes étaient limités par leur structure de classement de l'information puisque le système de classement alphabétique souffrait d'un problème congénital, son efficacité étant une fonction inverse de sa taille. D'ailleurs, l'intérêt pour

¹²⁵³ « La loi du 12 mai 1885, dite loi sur la relégation des récidivistes, entraîne » l'internement perpétuel sur le territoire des colonies ou possessions françaises » des délinquants et criminels multirécidivistes. L'enjeu de cette loi est de « débarrasser » le sol de la France métropolitaine des petits délinquants et vagabonds par une mécanique qui est unique dans l'histoire du droit pénal français. En effet, cette loi établie une « présomption irréfragable d'incorrigibilité », c'est-à-dire qu'elle fixe un nombre de peines, une quantité d'infractions au-delà de laquelle un individu est déclaré totalement inamendable par la pénalité classique. Ce seuil, appelé aussi « quantum », est variable et aménage plusieurs combinaisons qui, une fois atteintes, entraînent le prononcé obligatoire pour le juge de la peine accessoire de la relégation ». SANCHEZ, J.-L., « La relégation (loi du 27 mai 1885) », Criminocorpus, 01-Jan-2005. Disponible en ligne.

¹²⁵⁴Loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes « Article 1er : La relégation consistera dans l'internement perpétuel sur le territoire des colonies ou possessions françaises des condamnés que la présente loi a pour objet d'éloigner de France. Seront déterminés, par décret rendus en forme de règlement d'administration publique, les lieux dans lesquels pourra s'effectuer la relégation, les mesures d'ordre et de surveillance auxquelles les relégués pourront être soumis par nécessité de sécurité publique ; et les conditions dans lesquelles il sera pourvu à leur subsistance, avec obligation du travail à défaut de moyens d'existence dûment constatés »

¹²⁵⁵ D'ailleurs, cette crainte du récidiviste se retrouve aujourd'hui dans la mise en place de peines planchées censées être plus dissuasive, ou avec l'apparition de la rétention de sûreté dont la constitutionnalité a été validée, le Conseil Constitutionnel considérant « qu'elle n'est mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine par le condamné ; qu'elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité ; qu'ainsi, la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition ; que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage ». Cons. Constit., Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, Cons. 8.

¹²⁵⁶ Voir notamment l'article 600 du code d'instruction criminel « Les greffiers des tribunaux correctionnels et des cours d'assises seront tenus de consigner, par ordre alphabétique, sur un registre particulier, les noms, prénoms, professions, âge et résidences de tous les individus condamnés à un emprisonnement correctionnel ou à une plus forte peine : ce registre contiendra une notice sommaire de chaque affaire et de la condamnation, à peine cinquante francs d'amende pour chaque omission. »

¹²⁵⁷ Loi du 7 août 1899 sur le casier judiciaire et sur la réhabilitation de droit « Art. 1er. Le greffe de chaque tribunal de première instance reçoit, en ce qui concerne les personnes nées dans la circonscription du tribunal et après vérification de leur identité aux registres de l'état civil, des bulletins, dits bulletins n° 1, constatant : 1° les condamnations contradictoires ou par contumace et les condamnations par défaut non frappées d'opposition prononcées, pour crime ou délit, par toute juridiction répressive ; 2° les décisions prononcées par application de l'art. 66 du code pénal ; 3° les décisions disciplinaires prononcées par l'autorité judiciaire ou par une autorité administrative, lorsqu'elles entraînent ou édictent des incapacités ; 4° les jugements déclaratifs de faillite ou de liquidation judiciaire ; 5° les arrêtés d'expulsion pris contre les étrangers ».

la mesure du corps comme moyen d'identification des récidivistes ne s'est développé qu'à partir du moment où la loi fit disparaître la marque au fer rouge pour les criminels¹²⁵⁸. Cette dernière assurait précédemment la fonction désormais attribuée à l'ancêtre de la biométrie : l'anthropométrie judiciaire. Néanmoins, il faut constater que la solution au problème de l'identification n'est pas apparue dans l'œuvre du législateur, mais marginalement aux normes juridiques, dans le travail d'un commis de bureau auxiliaire à la préfecture de Paris : ALPHONSE BERTILLON.

467. Naissance du bertillonnage. Ainsi, le 16 février 1882, pour la première fois, ALPHONSE BERTILLON confondit un certain Martin dans une affaire de cambriolage, alors même que le suspect se présentait sous le nom de Dupont, ceci grâce à ses mesures préalablement enregistrées le 15 décembre 1881 pour une affaire de vol de bouteille vide. Cet acte de naissance de la police scientifique eut pour conséquence d'être intégré pleinement comme une méthode d'enquête, voire comme un procédé supérieur aux preuves testimoniales. En effet, à la fin du XIXe siècle, peu de crimes semblaient échapper à la perspicacité des scientifiques. Et si on retrouve cette croyance en l'infaillibilité de l'enquête scientifique dans les romans de l'époque¹²⁵⁹, c'est une toute autre histoire qu'il faut raconter.

468. L'identité judiciaire. Effectivement, ces méthodes scientifiques d'enquête permirent l'apparition de l'identité judiciaire, c'est-à-dire de « *l'ensemble des moyens techniques et scientifiques propres à assurer l'identification des délinquants (fichiers dactyloscopies, documents photographiques, élaboration de portrait-robot, etc.)* »¹²⁶⁰. Aujourd'hui rattachée à la direction centrale de la police judiciaire, cette sous-direction nommée « service de l'identité judiciaire », est notamment en charge de la gestion des fichiers biométriques, notamment le FAED et le FNAEG. Son histoire et l'évolution des procédés et techniques utilisés n'est pas pour autant séquentielle mais, au contraire, faite d'avancées et de retours, d'évolutions et de reprises. Et nos systèmes d'identification biométriques ne sont dans cette perspective que des versions plus modernes de l'anthropologie judiciaire, sans pour autant qu'une réelle coupure se soit opérée entre ces

¹²⁵⁸ Loi du 31 août 1832 sur l'abolition de la marque au fer rouge.

¹²⁵⁹ Si le héros d'A. CONAN DOYLE, SHERLOCK HOLMES est l'archétype du triomphe de la science dans les affaires policières, pour plus de détail nous nous référons à l'étude suivante : R. DELEUSE, « La police dans la littérature », in *Histoire et dictionnaire de la police*, Bouquins, 2005, pp. 951–967.

¹²⁶⁰ Article « identité judiciaire » G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. PUF, 2004, p. 968.

systèmes que ce soit concernant leur but ou leurs moyens. En ce sens, l'anthropométrie tout comme la biométrie, se sert d'une mesure corporelle afin de la comparer avec une mesure préétablie pour en déduire une identité. Seul l'affinement des techniques a modifié le champ d'utilisation de la biométrie au regard du champ de l'anthropométrie. Dans cette perspective, les méthodes développées par A. BERTILLON peuvent être analysées comme une préfiguration des systèmes biométriques, à l'exception de ceux reposant sur l'utilisation de l'empreinte génétique, si bien que leur étude éclaire notre objet.

469. Il va sans dire que si l'élément mis en avant concernant l'identité judiciaire, à savoir son autonomie par rapport à l'état civil, en est un des éléments constitutifs, il est possible de constater qu'il n'est pas pour autant le seul qui soit structurant. Car, l'identification entretient historiquement et structurellement un rapport au corps. En effet, de la chasse aux sorcières, en passant par la phrénologie¹²⁶¹ pour en arriver à l'empreinte dactyloscopique, il est possible de faire le constat que le corps et ses mesures sont présents, même de manière fantasmée et dénuée de tout intérêt scientifique, dans l'ensemble des procédés utilisés. Pourtant, cette omniprésence du corps ne s'est pas pour autant traduite par une conception unifiée de ce dernier. Au contraire, il est possible de singulariser, au sein de l'histoire des conceptions criminelles du corps, une tension entre deux d'entre elles : le corps comme essentialisant le crime et le corps comme preuve de l'identité¹²⁶², le lien entre ces deux conceptions étant le fait des méthodes employées. En effet, les méthodes de mesure utilisées poursuivent des finalités distinctes. Car, ces dernières servent dans une perspective scientifique à rechercher l'existence d'un biodéterminisme et dans une perspective scientifique à l'identification des personnes.

470. Concernant l'existence de biodéterminismes, le corps et ses mesures révèlent la nature criminelle de la personne. Décrypter alors le corps c'est alors décrypter le crime,

¹²⁶¹ Théorie, popularisée par F. J. Gall et populaire au début du XIX^{ème} siècle, elle se servait de la forme du crane d'un individu, pour déduire son comportement ou son intelligence. Elle servit comme un fondement douteux pour les tenants du polygénétisme. Voir S.-J. GOULD, *La mal-mesure de l'homme*. O. Jacob, 2009, p. 468.

¹²⁶² « non que les indices physiques perdent leur sens... ils sont, a vrai dire, de part en part réorientés, dans leur rôle, dans leur contenu : moins centrés sur la recherche de quelque insaisissable « criminel né » par exemple et davantage sur la recherche d'un individu » J.J. COURTINE & G. VIGARELLO, « Identifier, traces, indices et soupçons », in G. VIGARELLO (Dir), *Histoire du corps: Les mutations du regard*. Seuil, 2005. P.279.

même futur. Dans cette perspective, le corps ne connaît pas d'interaction avec le monde réel puisque ses mesures sont héritées – le corps autonome par rapport au réel ne se développe qu'à partir de lui-même. Pour cette conception du corps, la seule identification possible, voire souhaitable est celle du récidiviste. Il existerait ainsi une essence criminelle, dont la matérialité du corps ne serait que la transcription, ce corps étant « vicié » à la conception. Au contraire, dans sa seconde conception, le corps n'est plus séparé du réel, il est dans le monde et y laisse des traces. Et ce sont ces traces qui permettront le développement des systèmes d'identification « avec trace » : d'abord l'empreinte digitale, puis l'empreinte génétique pour permettre l'identification des primo délinquants, à partir des traces déposées sur les scènes de crime¹²⁶³.

471. Ainsi, si la mise en place de l'identification judiciaire reposait sur un certain nombre de fondements qu'il est possible de qualifier de scientifiquement hasardeux (Paragraphe I), il est possible de constater que ces derniers ont évolué, notamment par l'utilisation de systèmes avec traces, qu'elles soient déposées ou fabriquées, pour permettre la mise en œuvre de l'identification judiciaire contemporaine (Paragraphe II).

¹²⁶³ « 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, squames, terre, etc. Qu'ils soient de nature physique, chimique ou biologique, ces indices, une fois passés au crible d'examens de plus en plus sophistiqués, parlent et livrent le récit du crime avant de permettre au lecteur-enquêteur de déchiffrer la signature de l'auteur-coupable » E. LOCARD cité par C. CABAL, rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire, AN, n° 3121.

Section 1. La recherche du récidiviste : fonction classique de l'identification judiciaire

472. Mise en place pour lutter contre le « criminel d'habitude », ou les « chevaux de retour » pour reprendre le vocabulaire de l'époque, l'identification judiciaire, notamment par son utilisation de mesures du corps, impliquait une comparaison entre une donnée préalablement enregistrée et les informations prélevées sur le suspect. Ou pour reprendre le syllogisme qui sert de modèle à la biométrie, une comparaison entre les propositions majeures et mineures. Partant, l'étude de la mise en place de l'identité judiciaire, est nécessaire pour la compréhension de l'objet biométrie. Dès lors, l'utilisation de ce type de fichier était limitée au traitement des récidivistes et non des primo délinquants. Cette précision étant posée, il est possible de retracer l'histoire de l'identité judiciaire notamment comme le résultat de trois composantes : un focus de la société sur les récidivistes, fondé sur un intérêt naissant pour les statistiques¹²⁶⁴, ce dernier étant irrigué d'une perspective évolutionniste.

473. Ainsi, si dans un premier temps les recherches ont porté sur la reconnaissance de l'homme délinquant par nature (Paragraphe 1), il est possible de constater qu'au-delà de la similitude des techniques l'apparition de l'anthropométrie sous l'influence de BERTILLON (Paragraphe 2), constitue une rupture en ce qui concerne les fonctions attribuées à la mesure du corps précédemment mises en place pour rechercher l'essence délinquante du récidiviste qui est désormais utilisée exclusivement pour identifier ce dernier. Et cette tension se retrouve aujourd'hui, notamment dans la distinction posée par le Code civil¹²⁶⁵ entre l'analyse génétique¹²⁶⁶ et l'identification génétique¹²⁶⁷, pour

¹²⁶⁴ Si l'explication biographique n'est pas la plus pertinente, nous pouvons tout de même constater que le Grand père d'ALPHONSE BERTILLON, ACHILLE GUILLARD est un des fondateur de la statique des populations et l'inventeur du mot « démographie ».

¹²⁶⁵ A cet égard le chapitre 3 du titre 1 du code civil est relatif à « l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques »

¹²⁶⁶ Article 16-10 du code civil

¹²⁶⁷ Article 16-11 du code civil

lesquelles, bien que les méthodes sont identiques, (le séquençage d'un génome) les finalités diffèrent radicalement.

Paragraphe 1. À la recherche de l'homme délinquant

474. Formule popularisée en 1887 par C. LUMBROSO, « l'homme délinquant »¹²⁶⁸ se voit privé de tout déterminisme social au profit d'une conception singulière du crime. En effet, pour les tenants du professeur turinois, le crime, héritage de l'évolution, existe par essence dans le corps de l'individu. Ainsi, logiquement, le corps devient la carte du crime puisqu'à chaque crime correspond une marque corporelle mesurable, l'individu étant alors soumis à un déterminisme absolu.

475. Et si l'idée selon laquelle le crime s'incarne littéralement dans le corps de la personne n'est que faiblement contestée par les tenants de l'existence de biodéterminismes. (A), sa détection doit alors être recherchée au travers de l'enregistrement des caractéristiques et mesures du corps (B).

A. L'essentialisation du crime

476. Corps et biodéterminisme. Cette recherche des traces du crime ou de la déviance dans le corps de la personne désormais criminelle par naissance ne se limite pas à une période clairement déterminée dans l'histoire de l'identification judiciaire. Aujourd'hui encore, certaines recherches « scientifiques » tendent à essayer de démontrer l'existence d'un lien entre l'existence de la criminalité et la génétique ou, pour être plus précis essayent de démontrer une corrélation statistique entre la présence d'un gène et un comportement déterminé, notamment « les comportements violents »¹²⁶⁹. Structurellement, à partir de la distinction reprise entre informations simples, directement perceptibles par les personnes, et données complexes, nécessitant un traitement

¹²⁶⁸ C. LOMBROSO, *L'homme criminel: criminel-né - fou moral - épileptique : étude anthropologique et médico-légale*. Germer Baillière, 1887, p. 682. Disponible en ligne.

¹²⁶⁹ J. TIIHONEN, "Genetic background of extreme violent behavior", *Molecular Psychiatry*, (28 October 2014), disponible en ligne

informatique et contenant un nombre indéterminé d'informations sur les personnes. Effectivement, jusqu'au développement de ses ramifications génétiques, le biodéterminisme est constitué par l'utilisation de données transparentes en tant que données obscures. C'est-à-dire la recherche d'information, dans des données qui ne contiennent pas davantage que leur simple représentation. Par exemple la corrélation entre une capacité à l'abstraction et la forme du crâne, restée dans le vocabulaire courant comme « la bosse des math ». Et cette recherche a pour conséquence la création de données *ex nihilo*¹²⁷⁰, utilisées dans une perspective scientifique. Ainsi, il est possible de mettre en exergue pas moins de quatre périodes qui correspondent à cette confusion entre l'inné et les actes de la personne que S.J. GOULD qualifiera au XXe siècle de « biodéterminisme »¹²⁷¹. Et aujourd'hui il semble unanimement admis que « [La] naïve naturalisation de l'esprit relève en effet de la pure chosification. Or, pas davantage que l'esprit n'est un os, la personnalité de l'individu ne peut, sans quelque effrayante violence, être ramenée à la naturalité d'un faciès ou d'une boîte crânienne. »¹²⁷². Pourtant, cette idée a irrigué l'histoire de l'identification judiciaire puisqu'elle est à la base du développement de ses méthodes de mesures.

477. Dès lors, il est possible de distinguer ses balbutiements, sa réhabilitation, sa généralisation à la population, pour enfin constater que la science contemporaine revient parfois à cette forme de déterminisme. Pour autant, ce développement ou au contraire la disparition des théories biodéterministes n'est pas juridiquement neutre puisqu'elle détermine structurellement l'existence d'une responsabilité de la personne pour ses actes, voire en droit positif l'exclusion de la responsabilité pénale. Ainsi, peut être interprétée la formulation en deux causes de l'irresponsabilité de l'article 122-1 du Code pénal qui énonce « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.* ». Car il est possible d'interpréter cette opposition entre troubles psychique et neuropsychique comme faisant rentrer la seconde cause dans une forme de biodéterminisme. En ce sens, au vu des effets de ces troubles, il s'agit bien d'une primauté

¹²⁷⁰ Ne pouvant être falsifié par l'expérience, ces interprétations des données transparentes tiennent davantage de la divagation sans fondement que de la théorie scientifique.

¹²⁷¹ S.-J. GOULD, *La Mal-Mesure de l'homme*. O. Jacob, 2009.

¹²⁷² P. GROSOS, « De la science la plus difficile à la science la plus importante. La question de l'identité personnelle », *Les études Philosophiques*, vol. 81, 2007, p. 185.

de la biologie, notamment au niveau du cerveau, sur le libre arbitre de la personne, ce dernier disparaissant au profit d'une conception biodéterminée de l'acte criminel et justifiant la disparition de la responsabilité pénale. Quant aux réactions structurelles du droit face à cette conception de la liberté, elles évoluent, passant d'une relative indifférence, à une fascination pour aujourd'hui prendre la forme d'une méfiance très relative.

478. Physiognomie. Première période d'essentialisation du crime, avant la découverte des lois de l'hérédité, il existait une forme embryonnaire de réification du crime au corps. Cet extérieur de la personne était alors censé révéler son intérieur. Et nulle rédemption n'était possible pour cette essence criminelle ; l'enveloppe de chair n'était alors que la transcription de la déviance. C'était alors la fonction de la phrénologie développée, au début du XIX siècle, par F. J. Gall, c'est-à-dire l'étude de la forme et des mensurations du crâne, révélatrices des aptitudes ou des prédispositions de la personne. Cependant, il est possible de constater que cette recherche de corrélation n'était « *qu'une façon de ressusciter la très ancienne correspondance imaginée hier par la physiognomie entre l'» extérieur » et l'» intérieur » du corps* »¹²⁷³.

479. Biodéterminisme et hérédité. La seconde période d'essentialisation du crime dans le corps de la personne commence après la découverte des lois de l'hérédité et, dès lors, un double mouvement est à l'œuvre. Tout d'abord, on assiste au passage d'un homme délinquant à une famille délinquante et cette transformation de la déviance en héritage conduit à l'apparition des premières politiques eugénistes.¹²⁷⁴ Ensuite, l'application de la théorie de l'évolution à cette vision de l'hérédité conduit à considérer les déviants comme des individus moins évolués. Dans cette perspective, le délinquant devient le chaînon manquant entre le caucasien et les « races inférieures ». Cette conception raciale requiert pour ses tenants des mesures drastiques de la part de la société pour éviter tant son hybridation que sa multiplication. Et les partisans de cette fusion, entre l'idée ancienne de l'existence d'un biodéterminisme et les théories de l'évolution, ont pendant longtemps essayé de trouver une justification scientifique à leurs

¹²⁷³ » J.J. COURTINE & G. VIGARELLO, « Identifier, traces, indices et soupçons », in Corbin, A., J.-J. Courtine, & G. VIGARELLO, *Histoire du corps: Les mutations du regard*. Seuil, 2005. p.279

¹²⁷⁴ A. PICHOT, *La société pure: de Darwin à Hitler*. Flammarion, 2000, p. 458.

intuitions, quitte à manipuler les résultats des expériences, voire à ne chercher aucune falsification expérimentale¹²⁷⁵.

480. Aujourd'hui, le régime juridique attaché aux biodéterminismes est double. Si la recherche fondamentale, notamment sur les fonctions de l'ADN et de ses segments, n'est pas prohibée, en revanche, l'exploitation pratique de cette recherche connaît un régime juridique simple : l'interdiction. Ainsi, le droit français interdit toute utilisation d'une information contenue dans le code génétique que ce soit, par exemple, dans les relations de travail¹²⁷⁶ et plus généralement dans le champ des discriminations¹²⁷⁷. Pourtant, concernant les biodéterminismes héréditaires, en matière d'assurance si l'utilisation de test ADN est prohibée, l'enregistrement des antécédents familiaux peut trahir des informations contenues dans le génome de la personne.

481. Pourtant, « la preuve » illusoire de l'existence d'un biodéterminisme ne sera pas trouvée dans un premier temps dans la biologie, mais dans une approche mathématique dévoyée.

482. Biodéterminisme et statistique. En effet, cette conception du corps se retrouve aussi dans l'apparition d'un traitement statistique des populations, suite aux travaux de QUETELET sur le concept de moyenne et sur la distribution statistique autour de cette dernière. Plus précisément sur son application à l'homme à travers le concept « d'homme moyen ». Ce dernier est entendu non plus comme la représentation d'un individu, mais comme une création abstraite puisque résultant de la moyenne de la population cible. Et c'est à partir de cette moyenne que se détermine alors la déviance et que s'étudie le crime.

¹²⁷⁵ S. J. GOULD, *La mal-mesure de l'homme*. O. Jacob, 2009, p. 468.

¹²⁷⁶ Article L1132-1 du code du travail « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, ...en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap.* »

¹²⁷⁷ Article 225-1 du code pénal « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.* »

Ainsi, les travaux d'Adolphe QUETELET, pionnier des études statistiques, dans une approche qu'il est possible de qualifier de scientifique, essayèrent de généraliser cette incarnation du crime non plus au niveau du corps de la personne, mais à celui des populations. En effet, ayant remarqué qu'au sein d'une population toutes les mesures humaines corporelles (le poids, la taille...) se distribuaient symétriquement par rapport à une moyenne¹²⁷⁸, QUETELET transforma cette constatation en assertion et la généralisa à l'ensemble des éléments humains. Mais cette vision, n'est pas une simple description, elle contient un nouvel apport, importé de l'assurance, pour la gestion des crimes : le risque. Car si « *des lois probabilitaires régissent le physique comme le moral* »¹²⁷⁹, l'étude de ces lois permet d'en modifier les causes et donc de faire progresser la société¹²⁸⁰. Ainsi, chaque groupe humain secrète un même pourcentage de criminels et est donc sujet à des politiques spécifiques, visant à encadrer et limiter les conséquences de ce dernier. Pourtant, si ces travaux connurent une certaine postérité, en ce qui concerne certaines caractéristiques de la personne, notamment l'intelligence, son application au crime tomba très vite dans l'oubli. En effet, QUETELET sera critiqué par ses pairs, notamment à cause de sa négation au niveau sociétal de l'existence de tout libre arbitre, la somme des individus ayant alors des comportements prédéterminés¹²⁸¹. Pourtant, c'est hors du champ du droit pénal que cette théorie connaîtra une certaine postérité puisque cette étude des liens entre les populations et le crime sera en partie à la base de la sociologie holiste : les premiers travaux d'E. DURKHEIM¹²⁸² en 1897 s'intéresseront justement au premier des crimes contre soi-même : le suicide. Aujourd'hui, le principe est la liberté en matière

¹²⁷⁸ La représentation graphique de cette distribution, prenant la forme d'une courbe de Gauss.

¹²⁷⁹ A. MATTELART, & A. VITALIS, *Le profilage des populations: Du livret ouvrier au cybercontrôle*. la découverte, p. 40.

¹²⁸⁰ « *la possibilité d'établir une statistique morale et d'en déduire des conséquences utiles dépend entièrement de ce fait fondamental que le libre arbitre de l'homme s'efface et demeure sans effet sensible quand les observations s'étendent sur un plus grands nombre d'individu [...] ce sont les causes qu'il faut s'attacher à modifier pour pouvoir opérer les changements utiles* » A. QUETELET, *du système social et des lois qui le régissent*, Guillaumin, Paris 1870, p 70. Disponible en ligne.

¹²⁸¹ « *Mais les « régularités » macro-sociales exhibées par Quételet à propos des mariages, des crimes ou des suicides semblaient heurter de plein fouet la philosophie idéaliste de la liberté et de la responsabilité individuelle que, à la même époque, des penseurs d'inspiration religieuse ou non s'efforçaient de promouvoir. Si le nombre total de crimes et de suicides accomplis dans l'année est stable et prévisible que reste-t-il du libre arbitre de l'individu moral ?* » A. DESROSIERES, « Adolphe Quetelet », *Courrier des statistiques*, n° 104, décembre 2002 p.5.

¹²⁸² E. DURKHEIM, *Le suicide: Etude de sociologie*. Presses Universitaires de France - PUF, 2013, p. 463.

statistique sauf concernant certains critères, c'est notamment le cas concernant les statistiques ethniques. Défini comme un « *traitement de données à caractère personnel faisant « apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques » des personnes* »¹²⁸³, ces statistiques sont considérées par le Conseil constitutionnel au terme d'un revirement de jurisprudence¹²⁸⁴, comme contraires à l'article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958¹²⁸⁵. Pourtant, malgré cette position de principe, la CNIL a autorisé le recueil et le traitement de ces informations dans des territoires à statut particulier, plus précisément en Nouvelle-Calédonie¹²⁸⁶. Quant au Conseil d'Etat, dans un arrêt¹²⁸⁷ de 2001 portant sur la légalité d'un décret¹²⁸⁸ sur l'indemnisation des orphelins de la Seconde Guerre mondiale, il a considéré qu'une différence de traitement pouvait se trouver justifiée sur un fondement religieux. Ainsi, si la liberté dans l'élaboration de statistiques est totale concernant les éléments objectifs, la seule exception tient aux fichages de l'ethnie et de la religion.

483. Biodéterminisme et génétique. Tout d'abord, il est possible de constater que le mélange entre biologie, théorie de l'évolution et instrumentalisation politique a donné naissance au XXe siècle à une multitude de crimes conduisant *de facto* à celui de génocide. D'ailleurs, il est possible de constater qu'aujourd'hui, on assiste à un retour de cette réification notamment au sein de certaines recherches en matière génétique. Désormais, ce n'est plus le corps qui montre le crime, mais le génome qui détermine des

¹²⁸³ Cons. Constit., Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Considérant 23.

¹²⁸⁴ Cons. Constit., décision 60-6 DC du 15 janvier 1960 relative à la loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans d'Algérie dans la magistrature

¹²⁸⁵ « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.* »

¹²⁸⁶ CNIL, Délibération n° 2009-317 du 7 mai 2009 portant avis sur un projet d'arrêté relatif au traitement automatisé réalisé à l'occasion du recensement de la population de Nouvelle-Calédonie en 2009

¹²⁸⁷ CE, Sect., 6 avr. 2001, *M. Pelletier et autres*, n° 224945

¹²⁸⁸ Décret n° 2000-657, *instituant une mesure de réparation pour les orphelins dont les parents ont été victimes de persécutions antisémites*¹²⁸⁹ Désormais, même des pathologies mentales comme la schizophrénie semblent connaître un fondement génétique. Voir notamment : Rees, E., G. Kirov, M. C. O'Donovan, & M. J. Owen, « De novo mutation in schizophrenia », *Schizophr. Bull.*, vol. 38, 2012, pp. 377–381. & Tarabeux, J., N. Champagne, E. Brustein, F. F. Hamdan, J. Gauthier, M. Lapointe, C. Maios, A. Piton, D. Spiegelman, E. Henrion, B. Millet, J. L. Rapoport, L. E. Delisi, R. Jooper, F. Fathalli, E. Fombonne, L. Mottron, N. Forget-Dubois, M. Boivin, J. L. MICHAUD, R. G. Lafrenière, P. Drapeau, M.-O. Krebs, & G. A. Rouleau, « De novo truncating mutation in Kinesin 17 associated with schizophrenia. », *Biol. Psychiatry*, vol. 68, n°7, 01-Oct-2010, pp. 649–56.

prédispositions¹²⁸⁹ ou des probabilités¹²⁹⁰, voire qui réécrit totalement l’histoire du corps et de son rapport à la maladie¹²⁹¹. Quant à son encadrement juridique, il appelle deux remarques en fonction des modalités de protection contre des intrusions ou certaines utilisations : la première de nature subjective, la seconde de nature objective.

484. Biodéterminisme et droits subjectifs. L’émergence de droits subjectifs, pour protéger la personne de ces expérimentations ou du développement de ces connaissances sur son génome, s’est faite non seulement tardivement, mais c’est surtout faite à la marge. En effet, c’est d’abord par le biais des dispositions relatives aux expériences biomédicales, tout d’abord par le Code de Nuremberg de 1947¹²⁹², puis par le biais des dispositions relatives aux données à caractère personnel¹²⁹³, qu’est apparu le premier encadrement de ces pratiques, notamment sous l’égide de la protection du consentement de la personne. En ce sens, l’obligation de consentement¹²⁹⁴ malgré ses limitations¹²⁹⁵, a pu constituer une protection efficace contre les Prométhés « définitivement déchaînés¹²⁹⁶ », pour reprendre l’expression d’Hans Jonas. Le libre consentement de la

¹²⁸⁹ Désormais, même des pathologies mentales comme la schizophrénie semblent connaître un fondement génétique. Voir notamment : Rees, E., G. Kirov, M. C. O’Donovan, & M. J. Owen, « De novo mutation in schizophrenia », *Schizophr. Bull.*, vol. 38, 2012, pp. 377–381. & Tarabeux, J., N. Champagne, E. Brustein, F. F. Hamdan, J. Gauthier, M. Lapointe, C. Maios, A. Piton, D. Spiegelman, E. Henrion, B. Millet, J. L. Rapoport, L. E. Delisi, R. Joober, F. Fathalli, E. Fombonne, L. Mottron, N. Forget-Dubois, M. Boivin, J. L. MICHAUD, R. G. Lafrenière, P. Drapeau, M.-O. Krebs, & G. A. Rouleau, « De novo truncating mutation in Kinesin 17 associated with schizophrenia. », *Biol. Psychiatry*, vol. 68, n°7, 01-Oct-2010, pp. 649–56.

¹²⁹⁰ La détermination de la probabilité de la présence chez une personne d’une maladie génétique est à la base du conseil génétique et de la mise en place d’un protocole de traitement.

¹²⁹¹ Comme le remarque F. Keck et P. Rabinow au sujet des études génétiques sur la Schizophrénie » *La génétique opère ainsi une recombinaison des rapports entre le visible et l’invisible : Ce qui était perçu jusque là comme une maladie visible, avec l’ensemble des identifications subjectives qui lui sont liées, doit à présent se recoder à travers la structure invisible du génome, produisant alors de nouveau mode d’identification* ». KECK, F. & P. RABINOW, « Invention et mise en scène du corps génétique », in G. Vagarello (Dir) *Histoire du corps, les mutations du regard : le XXème siècle*, 2006, p 82.

¹²⁹² Pourtant, comme le remarque N. MAZIAU à son sujet » *Document de haute valeur symbolique, le code de Nuremberg a cependant une portée juridique relative* » N. MAZIAU, « Le consentement dans le champ de l’éthique biomédicale Française », *Revue de droit sanitaire et social*, n°5, 1999, p. 469.

¹²⁹³ Notamment en droit français par la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés. ou au niveau du Conseil de l’Europe par la Convention 108 pour la protection des personnes à l’égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 28 janvier 1981

¹²⁹⁴ Article 16-3 du code civil » *Il ne peut être porté atteinte à l’intégrité du corps humain qu’en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l’intérêt thérapeutique d’autrui. Le consentement de l’intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n’est pas à même de consentir.* »

¹²⁹⁵ Article 706-56 du code de procédure pénale.

¹²⁹⁶ « [Le Prométhée] définitivement déchaîné, auquel la science confère des forces jamais encore connues, réclame une éthique qui, par des entraves librement consenties, empêche le pouvoir de l’homme de devenir

personne permet alors de protéger l'intérêt de la personne, retrouvant ainsi la conception allemande des droits subjectifs¹²⁹⁷.

485. Pourtant, indépendamment de l'émergence de ce grand principe transversal qu'est le respect du consentement de la personne, il est apparu un droit spécifique, qu'il soit d'origine nationale¹²⁹⁸ ou plus tardivement internationale¹²⁹⁹, articulant spécifiquement les questions de réification génétique avec des droits subjectifs de la personne notamment concernant la vie privée ou de manière plus marginale, la dignité¹³⁰⁰. Concernant la protection sous les auspices de la vie privée, prévue notamment à l'article 10¹³⁰¹ de la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine de 1997¹³⁰², elle implique tant le droit de disposer de ses informations, particulièrement en matière de santé que le droit de refuser d'être informé de ces dernières. Partant, la recherche des informations n'est possible uniquement que dans certains cas précis. Les premières autorisations de diagnostic ont d'abord servi pour la détection *in utero* des « *affections de particulières*

une malédiction pour lui » H., JONAS, Le principe responsabilité: Une éthique pour la civilisation technologique, Flammarion, 2008, p. 470.

¹²⁹⁷ « *les droits sont des intérêts juridiquement protégés* ». R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 1888, p. 329. Disponible sur <http://bibnum-stendhal.upmf-grenoble.fr/>.

¹²⁹⁸ la loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. ; la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ; la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal

¹²⁹⁹ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997.

¹³⁰⁰ Voir notamment le Préambule de la Convention d'Oviedo, qui précise notamment « *Convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer sa dignité; Conscients des actes qui pourraient mettre en danger la dignité humaine par un usage impropre de la biologie et de la médecine; [...] Résolus à prendre, dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine, les mesures propres à garantir la dignité de l'être humain et les droits et libertés fondamentaux de la personne* »

¹³⁰¹ Voir en ce sens l'article 10 de la Convention d'Oviedo qui précise « *Article 10 – Vie privée et droit à l'information : 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé. 2. Toute personne a le droit de connaître toute information recueillie sur sa santé. Cependant, la volonté d'une personne de ne pas être informée doit être respectée. 3. A titre exceptionnel, la loi peut prévoir, dans l'intérêt du patient, des restrictions à l'exercice des droits mentionnés au paragraphe 2.* »

¹³⁰² Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée le 04 avril 1997.

gravités »¹³⁰³ et la loi prévoit qu'un décret en Conseil d'État¹³⁰⁴ vienne préciser les modalités pratiques de ces analyses cytogénétiques. En outre, pour les personnes physiques, si la loi prévoit la possibilité de procéder à « *l'étude génétique des caractéristiques d'une personne* »¹³⁰⁵ sous trois conditions cumulatives. Tout d'abord, le respect, pénalement sanctionné¹³⁰⁶, du principe de finalité, à savoir « des fins médicales ou de recherche scientifique »¹³⁰⁷. Concernant les fins médicales, elles sont par nature dans l'intérêt du patient et sont au terme de l'article L145-15-1 du Code de la santé publique doubles : soit infirmer ou confirmer la présence d'une maladie génétique, soit rechercher chez une personne asymptomatique la présence de « *gènes susceptibles d'entraîner à terme le développement d'une maladie chez la personne elle-même ou sa descendance.* » Enfin, concernant les tests prédictifs portant sur la probabilité de développement d'une maladie donnée, la position du CCNE est à cet égard sans ambiguïté puisqu'il considère que « *de grandes incertitudes existent sur la valeur des prévisions... et sur le bénéfice pour l'individu et la société de cette forme de prévention* »¹³⁰⁸. Quant à la protection de la vie privée, elle se retrouve de manière négative dans l'obligation, classique en matière médicale, d'obtenir le consentement du patient et de manière positive au travers des règles procédurales et de leurs sanctions pénales visant à interdire la divulgation d'information. Concernant la protection négative de la vie privée, l'obligation de consentement implique que la personne peut s'opposer à la production d'informations génétiques sur elle-même. Quant à la protection positive de la vie privée, seul le médecin prescripteur de l'analyse est en mesure d'obtenir les informations, les autres médecins ne pouvant avoir accès à ces dernières. D'ailleurs, une protection pénale plus générale est mise en place pour empêcher le détournement « *de leurs finalités médicales ou de*

¹³⁰³ Article L162-16 du code de la santé publique.

¹³⁰⁴ Décret n° 2003-462 du 21 mai 2003 relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique

¹³⁰⁵ Article 16-11 du code civil. Le code de la santé publique a quant à lui opté pour une formulation différente puisque son article L145-15 vise « *l'examen des caractéristiques génétique d'une personne.* »

¹³⁰⁶ Article 226-26 du code pénal.

¹³⁰⁷ Article L145-17 du code de la santé publique.

¹³⁰⁸ CCNE, *Avis et recommandations sur Génétique et Médecine : de la prédiction à la prévention*. Rapport, n°46, 30 octobre 1995.

recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'examen de ses caractéristiques génétiques ». ¹³⁰⁹

486. Biodéterminisme et encadrement objectif. Cependant, le régime juridique attaché aux recherches et à l'exploitation concernant l'existence de biodéterminisme n'est pas fondé uniquement sur un encadrement par le biais des droits subjectifs. Parallèlement, on trouve aussi au sein du régime juridique un certain nombre de protections objectives tenant tant aux moyens utilisés qu'aux finalités poursuivies. Tout d'abord, concernant les moyens mis en place pour déterminer l'existence de biodéterminisme, il existe une protection marginale par le biais de l'article 10¹³¹⁰ de la loi informatique et libertés relative à l'interdiction de laisser le « dernier mot » à un traitement de données à caractère personnel. En effet, les liens entre génétique et informatique sont aujourd'hui tels que la reconnaissance d'un biodéterminisme sur une personne serait nécessairement du fait de procédés informatiques. Mais, au-delà de cet encadrement sectoriel, le législateur, comme d'autres, a dans ses lois bioéthiques¹³¹¹ développé des systèmes objectifs de protection, en précisant au sein même du Code civil que « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.* » ¹³¹²

¹³⁰⁹ Article 226-26 du code pénal.

¹³¹⁰ « *Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité. Aucune autre 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'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité. Ne sont pas regardées comme prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé les décisions prises dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat et pour lesquelles la personne concernée a été mise à même de présenter ses observations, ni celles satisfaisant les demandes de la personne concernée.* »

¹³¹¹ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et sa révision, Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

¹³¹² Article 16-4 du code civil.

487. Droit international et biodéterminisme. Concernant le régime juridique de la recherche dans ce domaine, dans ce secteur mondialisé, l'interdiction n'est pas toujours la solution la plus pertinente. Ainsi, si l'article 12¹³¹³ de la Convention d'Oviedo, interdit les tests génétiques prédictifs autres que ceux à finalité médicale, le nombre restreint (à l'échelle du globe) d'États partis, implique que ces tests eugénistes et leurs recherches peuvent être menés dans l'ensemble des autres États puisque celles concernant l'aspect prédictif sont possibles uniquement si des recherches plus générales sur le génome sont mises en place. Dans une perspective plus sociologique, l'interconnexion de la recherche a pour conséquence que les législations nationales ne permettent pas de réguler efficacement ces dernières.

488. Droit français et biodéterminisme. En droit français, si l'interdiction porte sur les recherches visant à améliorer l'espèce¹³¹⁴, ainsi que sur le clonage, il est possible de constater que la recherche fondamentale sur le rôle de segments de génome n'est pas interdite, alors même qu'elle est justement fondamentale pour ces recherches appliquées. Sur ce sujet, deux doctrines sont en lutte, la première, héritée des Lumières et à la base de notre système juridique considère, que la connaissance n'est pas mauvaise en soi, au contraire de certaines de ses utilisations¹³¹⁵. La seconde considère que certaines connaissances sont néfastes par elles-mêmes et doivent donc être interdites puisque intimement liées à leurs utilisations¹³¹⁶. Et si la première conception semblait être précédemment la règle au sein de nos régimes libéraux, nous assistons pourtant à une évolution. Aujourd'hui, dans le domaine de la génétique, il existe des prohibitions absolues que ce soit en matière de recherches sur le clonage ou portant sur l'étude génétique des populations.

489. Ainsi, cette réification de la déviance au corps n'est pas un simple moment de l'histoire, mais irrigue encore nos représentations fantasmatiques en ce qui concerne

¹³¹³ « Il ne pourra être procédé à des tests prédictifs de maladies génétiques ou permettant soit d'identifier le sujet comme porteur d'un gène responsable d'une maladie soit de détecter une prédisposition ou une susceptibilité génétique à une maladie qu'à des fins médicales ou de recherche médicale et sous réserve d'un conseil génétique approprié. »

¹³¹⁴ Voir notamment les articles 16-1 et suivants du code civil.

¹³¹⁵ U. BECK, *La société du risque: Sur la voie d'une autre modernité*. Flammarion, 2008, p. 521.

¹³¹⁶ H. JONAS, *Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*. Flammarion, 2013, p. 470.

l'identification des délinquants par l'utilisation de moyens techniques. Ainsi, il est possible de constater que les moyens quant à eux connaissent des réutilisations indépendamment des mutations des finalités. D'ailleurs, il est possible de réinterroger à l'aune de cette tension l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2014¹³¹⁷, dans lequel le juge du quai de l'Horloge valide la demande d'expertise qui « *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* ». S'il ne s'agit pas de révéler l'essence criminelle de la personne, il s'agit en revanche d'un glissement conceptuel entre les données enregistrées pour révéler l'identité par correspondance avec des données précédemment enregistrées et l'utilisation des données pour une autre finalité. L'apparition du portrait-robot génétique est une autre fonction, fonctionnant sur un autre modèle que celui de la biométrie et cherchant à révéler des informations sur la personne. Toutefois, le matériel de base est identique et la Cour, à la suite du juge d'instruction, lie les deux fonctions puisqu'elle considère « *que les traces biologiques relevées sur deux des victimes n'ayant pas permis l'identification de l'auteur des faits par ses empreintes génétiques* ». Dès lors, l'utilisation de ces traces biologiques est possible sans violer le droit applicable à l'identification génétique, notamment les articles 16-10 et 16-11 du Code civil. Cette position est possible à la vue la nature des éléments supports des prélèvements, ces derniers « *s'étant naturellement détaché du corps* ». Or, il est troublant de constater que l'arrêt ne mentionne pas le droit commun des données à caractère personnel et notamment l'article 25 de la loi informatique et libertés ¹³¹⁸, puisqu'il s'agit bien d'un traitement portant sur « des données génétiques ». Ce dernier traitement, bien qu'utilisant les mêmes ressources, n'est pas prévu dans les dispositions relatives au FNAEG. Ainsi, cette autorisation de traitement de données génétiques de la part de la Cour de cassation en parallèle de ceux prévus et organisés par la loi dans le cadre de l'identification judiciaire des délinquants

¹³¹⁷ Cour de cass., chambre criminel, arrêt n° 3280 du 25 juin 2014 (13-87.493).

¹³¹⁸ « I. - Sont mis en œuvre après autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, à l'exclusion de ceux qui sont mentionnés aux articles 26 et 27: 1° Les traitements, automatisés ou non, mentionnés au 7° du II, au III et au IV de l'article 8 ; Les traitements automatisés portant sur des données génétiques, à l'exception de ceux d'entre eux qui sont mis en œuvre par des médecins ou des biologistes et qui sont nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux ou de l'administration de soins ou de traitements ; 3 Les traitements, automatisés ou non, portant sur des données relatives aux infractions, condamnations ou mesures de sûreté, sauf ceux qui sont mis en œuvre par des auxiliaires de justice pour les besoins de leurs missions de défense des personnes concernées ; »

interroge, d'autant, qu'il y a un risque de dépassement du FNAEG au profit d'une généralisation de ces portraits-robots génétiques, en marge de cette base de données.

Cette utilisation des mesures du corps dans des perspectives scientiste ou scientifique à savoir l'essentialisation du crime ou la recherche de l'apparence du criminel n'ont pas été recherchées dans un but de connaissance, mais, au contraire, ont servi de fondement aux systèmes archaïques d'identification, qui ont, à de multiples égards, préfiguré les fichiers utilisant des systèmes biométriques.

B. les systèmes archaïques d'identification

490. Identification corporelle archaïque. Jusqu'en 1852, la marque au fer rouge rendait intelligible le crime sur le corps de la personne et, à défaut de pouvoir déchiffrer le corps du délinquant, il était possible de le marquer pour laisser apparaître la trace du crime sur le corps¹³¹⁹. Pourtant, la suppression de cette flétrissure entraîna une recherche d'autres éléments distinctifs sur le corps. Tout d'abord, la taille et la mesure du crâne ont connu très vite un certain succès, notamment à cause de la croyance en l'existence d'une corrélation entre la taille du cerveau et l'intelligence. En effet, considéré comme le siège de l'intelligence, sa mesure pouvait donc trahir une intelligence dénaturée¹³²⁰. Néanmoins, très vite, la cranoscopie fut considérée comme imparfaite, notamment eu égard à ses méthodes d'expérimentations, partant du résultat pour fonder le protocole et n'hésitant pas à truquer les chiffres pour établir ses preuves.

491. L'homme délinquant. Pourtant, ces travaux seront récupérés par CESARE LUMBROSO, qui en se basant sur le même postulat de départ – le biodéterminisme- étoffe la cranoscopie avec une série de mesures ou d'observations, notamment des tatouages, visant à démontrer l'existence de criminels par essence. Pour ce faire, le professeur italien

¹³¹⁹ Article 20 du code Pénal de 1810 » *Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité, sera flétri, sur la place publique, par l'application d'une empreinte avec un fer brûlant sur l'épaule droite. Les condamnés à d'autres peines ne subiront la flétrissure que dans les cas où la loi l'aurait attachée à la peine qui leur est infligée. Cette empreinte sera des lettres T P pour les coupables condamnés aux travaux forcés à perpétuité ; de la lettre T pour les coupables condamnés aux travaux forcés à temps, lorsqu'ils devront être flétris. La lettre F sera ajoutée dans l'empreinte, si le coupable est un faussaire. »*

¹³²⁰ Voir notamment les travaux de F. J. GALL présentés dans S.-J. GOULD, *La mal-mesure de l'homme*. O. Jacob, 2009, p. 468.

mit en place une taxinomie complète permettant de déterminer, pour chaque trait morphologique, la nature du crime. Ainsi, chez l'auteur de l'homme criminel¹³²¹, l'enveloppe charnelle est une carte des crimes par la personne « *Nous y trouvons par exemple un violeur qui « a l'œil saillant, les oreilles écartées, les yeux obliques, le nez camus, les longues oreilles à anses, le front bas, des énormes mâchoires » ; c'est qu'il exprime l'avidité et la cruauté de son délit du moins tel que la victime soudain pouvait l'imaginer, il possède le « corps du délit ». Chaque délit prend ainsi l'image, chaque affront social prend corps et visage. Le voleur a la face rusée, l'escroc a une face plutôt bonhomme et « cléricale » pour échapper à toute méfiance, les meurtriers se retrouvent avec une mâchoire puissante et les homicides habituels prennent un regard froid et immobile.* »¹³²² Dans cette perspective, l'existence d'un biodéterminisme pour le criminel est alors absolue et entraîne un certain nombre de conséquences, notamment l'existence d'une pénologie adaptée qui constituera la principale critique adressée aux participants de cette théorie.

492. Critique des travaux de LUMBROSO. Cependant, dès les années 1890, ces travaux sont sévèrement critiqués, tant d'un point de vue éthique que d'un point de vue scientifique. D'un point de vue éthique, les conséquences que C. LUMBROSO développa eu égard à la nature congénitale du crime, à savoir la rétention à vie, indépendamment de toute infraction, choquèrent une partie de ses contemporains¹³²³. Et la science a fourni, l'argument invalidant les présupposés, en montrant que le développement biologique est aussi fonction du milieu et ne peut être considéré uniquement comme la résultante de l'hérédité. Cet aspect, connu en matière génétique sous l'appellation d'épigénétique, montre une distinction entre l'inné et l'acquis « *Pour prendre une métaphore, la génétique renvoie à l'écriture des gènes, l'épigénétique à leur lecture : un même gène pourra être lu différemment selon les circonstances.* »¹³²⁴ Ainsi, la réification du crime

¹³²¹ C. LOMBROSO, *L'homme criminel: criminel-né - fou moral - épileptique : étude anthropologique et médico-légale*. Germer Baillière, 1887, p. 682. Disponible en ligne.

¹³²² Article « Homme criminel » in J.-M. LABADIE, *Les mots du crime: approche épistémologique de quelques discours sur le criminel*. De Boeck Supérieur, 1995, p. 147 »

¹³²³ A. MATTELART, & A. VITALIS, *Le profilage des populations: Du livret ouvrier au cybercontrôle*. la découverte, p. 201.

¹³²⁴<http://www.inserm.fr/thematiques/genetique-genomique-et-bioinformatique/dossiers-formation/epigenetique>

dans le corps du délinquant conduit à un non-sens scientifique, l'environnement présidant alors à la réalisation de ces prédispositions.

493. Reprise des moyens. Néanmoins, si la finalité est fantasque, les moyens mis en place et notamment les protocoles de mesure du corps, ne tomberont pas dans l'oubli puisqu'ils seront utilisés, désormais, non pour rechercher le crime, mais pour rechercher l'identité. La seule modification quant à l'utilisation de ces moyens réside dans le choix de données transparentes (la taille, la couleur des yeux...) sans chercher à les transformer en données obscures, c'est-à-dire à chercher en leur sein plus d'information qu'elles n'en contiennent.

Paragraphe 2. L'anthropométrie un précurseur à la biométrie

494. Définition. L'anthropométrie fut fondée sur l'idée selon laquelle « *il est impossible de trouver deux hommes ayant même taille, même envergure et même hauteur de médius [...] ces longueurs ne peuvent être changées par le sujet [...] en un mot, c'est la « marque », mais la marque indélébile et sans torture* ». ¹³²⁵ Ce remplaçant de la marque au fer rouge fut popularisé par son utilisation pour l'arrestation en mars 1892 du terroriste RAVACHOL. L'anthropométrie fut alors considérée comme une méthode d'avant-garde, nécessitant son propre service de police. Effectivement, c'est le décret présidentiel du 11 mars 1893 qui crée un service de l'identité judiciaire rattaché à la préfecture de police de Paris. Mais, au-delà de cet aspect organique, l'anthropométrie est définie, par les contemporains d'ALPHONSE BERTILLON, comme la « *mesure de la taille de l'homme et, en général, mesure de ses différentes facultés* » ¹³²⁶. Cette dernière connut son heure de gloire entre 1881 et le début du XXe siècle. Pourtant, contrairement à une image d'Épinal, l'apport d'A. BERTILLON ne se limite pas à l'utilisation de mesures du corps pour identifier les personnes ; comme précédemment montré, d'autres si étaient essayés avant et certains de ses contemporains, notamment F. Galton, l'ont aussi organisé.

¹³²⁵ A. BERTILLON, « Des faiblesses des signalements actuels (1879) », in Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930, 2006, p. 97.

¹³²⁶ Article « Anthropométrie » in E. LITTRÉ, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, p. 1839.

Mais, pour nous, le principal apport d'ALPHONSE BERTILLON à l'identification ne porte pas sur les mesures en elles-mêmes, mais sur l'organisation de l'enregistrement de ces dernières. Ces derniers systèmes d'enregistrement reposaient sur deux éléments : la création de métadonnées et l'absence de lien avec l'état civil.

495. Ainsi, l'apport de BERTILLON va au-delà de la simple utilisation de la mesure du corps (B) puisque la mise en place d'un nouveau système de classement est en lui-même une révolution, conditionnant structurellement le rapport de cette nouvelle technique d'identification avec l'état civil (A).

A. Un précurseur matériel : Un nouveau système de classement

496. Comme mentionné précédemment, à l'inverse des sommiers judiciaires, le système de classement mis au point par A. BERTILLON ne se sert pas des registres d'état civil. Il recherche le caractère identique de deux mesures afin de pouvoir confondre les récidivistes. Toutefois, concernant ses rapports à l'état civil, le bertillonnage inverse totalement les rapports qu'il entretenait avec les sommiers judiciaires. En effet, concernant ces derniers, l'état civil sert de point de départ à la constatation de la récidive puisque ces registres servent de système de classement. Pour le bertillonnage, en revanche, l'état civil est la conclusion d'un processus de comparaison entre des mesures préalablement enregistrées et les mesures corporelles. Dans cette perspective, le bertillonnage et la biométrie possèdent le même modèle de fonctionnement à savoir le syllogisme. Cette modélisation identique se double d'une utilisation des mêmes informations : les mesures corporelles. Dès lors, il n'est pas possible de considérer le bertillonnage comme un fait historique daté et circonstancié, mais, bien au contraire, comme un précurseur de la biométrie. D'ailleurs, tout comme dans les systèmes biométriques, il laisse de côté l'épineuse question de la sincérité du premier enregistrement des données, sans que cela ne constitue un obstacle dirimant puisque la fonction du bertillonnage est de reconnaître les récidivistes et non de connaître les primodélinquants.

497. Un système de classement archaïque. Mais, au contraire de l'archaïsme des solutions en vigueur avant le développement du bertillonnage, dont « *les fiches de signalement et les photographies [étaient] parfaitement inutilisables faute de critères de classification* »¹³²⁷, le nouveau système sera novateur à deux égards. Tout d'abord et de manière très anecdotique, au travers d'une standardisation des fichiers existants¹³²⁸, ensuite au travers d'un nouveau système de classement.

498. Un nouveau système de classement. Car, au-delà de ce rapport inversé aux registres d'état civil, ce système de classement se singularise par une tenue en fonction des mesures corporelles et plus précisément d'un jeu complexe de mesures corporelles. Ainsi et on trouve peut-être là l'apport central du BERTILLONnage, les données servent de métadonnées aux suivantes, système qui permet d'organiser le classement autour des données tout en permettant, un affinement par la multiplication des mesures, car si le premier système de BERTILLON comptait onze mesures, trois d'entre elles permettaient en réalité de classer les suivantes. En ce sens, tout d'abord la mesure de la taille était classée en trois fichiers distincts (petit, moyen, grand). Au sein de chaque fichier, on retrouvait à nouveau trois subdivisions portant sur la longueur de la tête. Dans ces subdivisions, à nouveau trois subdivisions portant cette fois sur la largeur de la tête... Ainsi, ces données servaient de métadonnées à la suivante. Et si ce mode de classement permet une consultation rapide et une reconnaissance facilitée du récidiviste, il est possible de constater qu'elle met en lumière le fondement du bertillonnage : les probabilités.

499. Fondement du classement. En effet, le bertillonnage repose sur deux fondements statistiques. Tout d'abord, le postulat que les mesures choisies sont indépendantes et qu'ainsi, une mesure ne peut déterminer causalement les autres. Partant, de cette caractéristique, le second fondement est une des propriétés des statistiques. Effectivement, concernant les probabilités, la multiplication des nombres non

¹³²⁷ Article Anthropométrie in M. AUBOUIN, A. TEYSSIER, & J. TULARD, *Histoire et dictionnaire de la police du moyen âge à nos jours*. Bouquins, 2005, p. 550.

¹³²⁸ « À l'intérieur de la préfecture, il réorganise les fichiers en unifiant les formats des différentes fiches employées par l'administration et invite les services de police judiciaire à uniformiser les demandes de recherches auprès du service d'identification. Poursuivant l'extension de l'anthropométrie à de nombreuses applications, il propose également d'appliquer la mensuration aux aliénés conduits à l'Infirmierie spéciale de la préfecture » I. ABOUT, « les fondations d'un système national d'identification policière en France (1893-1914). Anthropométrie, signalements et fichiers », *Genèse*, vol. 54, 2004, p. 32.

interdépendants, divise par autant la probabilité de retrouver la même série de nombres. C'est-à-dire l'idée que si une mesure ne peut être considérée comme unique, leur multiplication, divise par autant la probabilité de trouver deux personnes identiques. Ainsi, si 50 % d'une population possède une mesure A et les 50 % autres une mesure B et que des statistiques identiques se retrouvent sur des mesures C et D ainsi que pour des mesures E et F. En l'absence de dépendance entre ces valeurs, la probabilité que deux personnes possèdent trois mesures identiques est de 12,5 %, alors même que la probabilité qu'il dispose d'une seule mesure identique est de 50 %. Concernant les éléments corporels mesurés dans l'anthropométrie, cette probabilité tombe à 0.005 %. En effet, comme le remarque Jean-Marc Berlière « *Chaque squelette se différenciant des autres, il suffit de prendre quelques mesures osseuses pour identifier un individu adulte. BERTILLON fixa son choix sur 11 mesures ; neuf d'entre elles, classées en trois groupes égaux – petite, moyenne et grande — permettent de produire 3⁹, soit 19 683 divisions différentes.* »¹³²⁹. Ainsi, la multiplication des mesures a le double avantage de permettre un classement plus « facile », tout en permettant de diviser par autant la probabilité de trouver deux individus aux mesures identiques. Si cette démonstration semble simple et datée concernant le bertillonnage en réalité elle s'applique aussi aux systèmes biométriques la seule différence portant sur la grandeur des probabilités mesurées.

500. Critique du système de classement. Néanmoins le système mis en place par A. BERTILLON a souvent été critiqué car permettant de discriminer et non d'identifier puisque, s'il permet d'exclure des personnes dont les mesures sont différentes, il ne permet pas d'affirmer catégoriquement que les mesures correspondent à une seule et même personne. Et cette affirmation est d'autant plus vraie que l'individu possède des mesures moyennes, notamment au regard de la distribution statistique autour d'une courbe de Gauss¹³³⁰. En effet, concernant le taux très élevé d'identification, il est à circonstancier, eu égard à la distribution des mesures dans une courbe de Gauss, les combinaisons de mesures moyennes étant nettement moins discriminantes que celles concernant les mesures atypiques. En outre, il semble que BERTILLON n'ait pas considéré sa population de référence comme une variable pouvant fausser la distribution statistique. En effet et c'est un exemple volontairement extrême, la distribution de la mesure de la

¹³²⁹ Article « Anthropométrie » in M. AUBOUIN, A. TEYSSIER, & J. TULARD, *Histoire et dictionnaire de la police du moyen âge à nos jours*. Bouquins, 2005, p. 550.

¹³³⁰

taille chez les Pygmées n'est structurellement pas la même que chez les « Caucaisiens ». Ainsi, au travers de ces deux éléments, il semblerait que le taux d'identification bien qu'élevé soit en réalité à « géométrie variable » puisque dépendant de l'appartenance de la personne recherchée à la population de référence et de l'existence de mesures discriminantes concernant ce dernier.

501. Classement et base de données. Cependant, il est possible de constater que dans le système de classement de BERTILLON, la véritable avancée tient en la confusion entre les métadonnées et les données. En effet, les éléments classificateurs ne sont pas, comme précédemment, créés *ex nihilo*, ils sont en eux-mêmes des mesures, c'est-à-dire des données.

502. Ainsi, s'il est possible de constater que le système de classement est un des apports de l'anthropométrie judiciaire, c'est qu'il combine deux avantages. Tout d'abord, il permet de repérer plus facilement les récidivistes, ensuite, de par sa structure même il permet d'individualiser statistiquement la personne en raison de ses mesures corporelles. Et c'est en s'insérant dans ce système de classement que les informations recueillies permettent de procéder à l'identification des récidivistes.

B. Un précurseur substantiel : de nouvelles mesures enregistrées

503. Tout d'abord, dans le système BERTILLON, deux types d'éléments sont enregistrés : une succession de mesures visant à prouver « mathématiquement » l'identité entre les mesures enregistrées et les mesures prélevées, ensuite, le « portrait parlé », invention d'A. BERTILLON, qui avait pour fonction de permettre à l'officier de police de reconnaître une personne à partir de la transcription littérale de la description de ses traits et caractéristiques physique et ce sans recourir à aucun instrument de mesure.

504. Choix des mesures. Concernant le choix de l'information enregistrée, les travaux de BERTILLON sont aussi précurseurs. Tout d'abord, dans le choix des mesures du corps, ce système met en place la première utilisation « scientifique » du corps visant à prouver l'identité. Les mesures n'ont alors aucune autre signification qu'elles-mêmes et c'est leur multiplication qui permet de comparer les identités. Désormais, les mesures issues de données transparentes sont traitées comme telles sans aucune interprétation scientifique. Comme le déclare en 1885 A. BERTILLON « *du reste les mensurations [...] sont en nombre suffisant pour assurer tout espèce de signalement, surtout si l'on y joint d'autres*

observations [...]. Un homme ainsi caractérisé par des mesures de cet ordre est mathématiquement identifié. Il est bien difficile même entre plusieurs milliers de personnes d'en trouver deux »¹³³¹ possédants les mêmes mesures. Cependant si le nombre de mesures a évolué passant de 5¹³³² à 11¹³³³, elles avaient pour particularités de ne pas être interdépendantes.

505. Portrait parlé. Ensuite, en ce qui concerne dans la description de la personne, ces travaux sont fondamentaux puisque substituant à la description libre la technique du « portrait parlé » que l'on peut définir à la suite de P. Piazza comme « *une technique de signalement extrêmement perfectionnée qui, complétant les mensurations devait permettre aux membres des forces de l'ordre, en tout cas aux yeux de son inventeur, de reconnaître dans les rues des personnes qu'ils n'ont jamais vues auparavant. Synthétisée en 1893, celle-ci consiste à établir une notation appropriée pour chaque partie du corps et du visage, puis à les transcrire dans un ordre strictement déterminé pour constituer une fiche signalétique individuelle susceptible d'être réduite sous la forme de notice. BERTILLON décompose chaque partie du visage suivant des typologies très détaillées. Le nez est par exemple décrit à travers six caractéristiques essentielles : la racine, le dos, la base, la hauteur, la saillie et la largeur. À ces descriptions formelles des éléments essentiels du visage, s'ajoutent des indications chromatiques (système pileux, couleur de l'Iris et de la peau...) ou encore des mentions relatives à l'allure générale et à la race.* »¹³³⁴ Ainsi, le premier apport du portrait parlé est la prise en compte de la subjectivité d'une description désormais encadrée.

506. Généralisation du bertillonnage. Désormais, l'officier de police est formé à « *la technique du « portrait parlé », qui se substitue aux descriptions approximatives*

¹³³¹ A. BERTILLON, « L'anthropométrie présentée au premier congrès international d'anthropologie criminelle à Rome (1885) », in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, pp. 102–110.

¹³³² A. BERTILLON, « L'anthropométrie présentée au premier congrès international d'anthropologie criminelle à Rome (1885) », in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, pp. 102–110.

¹³³³ J.J. COURTINE & G. VIGARELLO, « Identifier, traces, indices et soupçons », in A. Corbin, J.-J. Courtine, & G. VIGARELLO, *Histoire du corps: Les mutations du regard*. Seuil, 2005. P.282.

¹³³⁴ P. PIAZZA, « signalement », p. 93. In *Aux origines de la police scientifique: ALPHONSE BERTILLON, précurseur de la science du crime*. KARTHALA Editions, 2011, p. 383.

employées antérieurement, »¹³³⁵, d'ailleurs on assiste à une multiplication des manuels¹³³⁶, ainsi que la mise en place en 1907 d'un « brevet d'étude du signalement descriptif, portrait parlé ». Et cette technique connut un succès international puisqu'en 1899, au Congrès d'anthropologie criminel de Paris fut choisi le « système BERTILLON », comme le système d'identification devant être généralisé à travers le monde. Néanmoins, cette technique se heurta très vite au problème de la traduction et l'absence de vocabulaire internationalement standardisé en handicapa le développement. D'ailleurs, concernant son encadrement par le Droit, il n'existe pas à notre connaissance des textes autres que des éléments purement techniques qui viennent autoriser, standardiser ou organiser le système BERTILLON en lui-même.

507. Bertillonnage et empreintes digitales. De plus, au début du XXe siècle, une limite importante fut assignée à anthropométrie qui obligea son fondateur à modifier son système en lui adjoignant une empreinte digitale. Si, en effet, l'anthropométrie permettait de distinguer deux individus, elle ne pouvait avoir pour fonction de prouver sans doute que deux séries de mesure se rattachaient à un seul et unique individu ; ainsi, si elle permettait de distinguer, elle n'était pas assez précise pour identifier. C'est pour cette raison, après un débat où les instincts patriotiques ont parfois dominé la rigueur scientifique, que l'empreinte digitale fut rajoutée aux fiches signalétiques en 1910. En ce sens, entre le système Français, défendu par BERTILLON et le système britannique de l'empreinte digitale défendu par Galton, des considérations « nationalistes »¹³³⁷ ont freiné le développement de la dactyloscopie qui offrait des avantages indéniables, notamment la prise en compte des traces. Dès lors, si la recherche d'un « homme criminel » par essence n'a pas encore donné de résultat scientifiquement satisfaisant, il est possible de constater que ce sont les moyens mis en œuvre dans cette recherche, notamment concernant les criminels, qui sont à la base de l'anthropométrie. Cette dernière fut un moyen de l'identité judiciaire novateur pour l'époque puisque reposant sur une classification centrée sur la personne et non sur les registres, elle permettait alors pour la

¹³³⁵ I. ABOUT, « les fondations d'un système national d'identification policière en France (1893-1914). Anthropométrie, signalements et fichiers », *genèse*, vol. 54, 2004, p 38.

¹³³⁶ Voir notamment, Reiss, R. A., « Manuel du portrait parlé à l'usage de la police: méthode ALPHONSE BERTILLON ». Th. Sack, 1905, p. 134. Et J. G., DUCRY, *Manuel-vocabulaire du "Portrait parlé" (méthode ALPHONSE BERTILLON) et notions générales sur les procédés d'indentification judiciaire*. Moullot, 1909, p. 91.

¹³³⁷ M. BAUDOIN, « la dactyloscopie en concurrence avec le bertillonnage (1903) », in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, p. 138

première fois de décrire et mesurer scientifiquement la personne. Cependant, fille de son époque, l'anthropométrie judiciaire s'est vue, au tournant du XXe siècle, dépassée par un nouveau mode de constatation de l'identité qui perdurera jusqu'à aujourd'hui : les empreintes digitales.

Section 2. La recherche du primo délinquant : nouvelle fonction de l'identification judiciaire

509. Après l'ajout de l'empreinte digitale au système français d'anthropométrie judiciaire, en 1910¹³³⁸, l'empreinte digitale fut considérée comme un moyen d'identification central par l'identité judiciaire, cette empreinte possédant le double avantage d'être un moyen d'identification hautement discriminant, tout en étant exploitable lors d'une enquête. Effectivement, *a contrario*, des techniques mises au point par A. BERTILLON, l'empreinte digitale peut être enregistrée sur la scène de crime et non uniquement en présence du prévenu puisque le criminel, en application de la théorie du transfert attribuée à E. Locard¹³³⁹, laisse ses empreintes sur les lieux du crime. Ainsi, l'utilisation de la dactyloscopie permet d'enrichir l'unique fonction du bertillonnage. Désormais, les informations qui président à l'identification de la personne peuvent être des preuves du crime. D'ailleurs, on retrouve encore aujourd'hui juridiquement cette fonction par rapport aux crimes puisque le fichage des éléments pouvant constituer une trace, à savoir l'empreinte digitale et la photographie anthropométrique n'est pas en tant que tel, pour les juges qu'ils soient constitutionnels ou conventionnels¹³⁴⁰ constitutifs d'une atteinte à la vie privée.

510. Néanmoins, cette centralité dans l'enquête nécessite une mise en base de données de ces empreintes, afin de permettre les comparaisons. Et si jusqu'en 1987 cette base de données était en France de type manuel, c'est l'article 1 du décret du 8 avril 1987¹³⁴¹ qui

¹³³⁸ Voir notamment La circulaire n°17 du 27 octobre 1910, émanant du préfet de Paris L. Lépine

¹³³⁹ « 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, squames, terre, etc. Qu'ils soient de nature physique, chimique ou biologique, ces indices, une fois passés au crible d'examen de plus en plus sophistiqués, parlent et livrent le récit du crime avant de permettre au lecteur-enquêteur de déchiffrer la signature de l'auteur-coupable » E. LOCARD cité par C. CABAL, rapport sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire, AN n° 3121.

¹³⁴⁰ « la prise de photographies anthropométriques et le relevé d'empreintes digitales à l'occasion d'une enquête judiciaire ne constituent pas des atteintes au droit au respect de la vie privée, dès lors que ces photographies et relevés sont conservés par les services de police judiciaire et ne servent qu'à leurs enquêtes dans les conditions prévues par la loi ; » C. Cass. 2ème civ., 18 décembre 2003, n° 02-10.237

¹³⁴¹ Décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

autorisa la mise en place d'un système de traitement automatisé des empreintes digitales afin de faciliter « *la recherche et l'identification* ». D'ailleurs, les informations enregistrées au sein de ce dernier furent enrichies en 2005¹³⁴² avec l'adjonction des empreintes palmaires. Et la mise en place de ce traitement automatisé est encore plus récente en ce qui concerne la photographie. Car, ce n'est qu'avec la fusion du STIC¹³⁴³ et du JUDEX¹³⁴⁴ dans le Traitement des antécédents judiciaires (TAJ) que les photographies, précédemment simplement mémorisées font l'objet d'un traitement : la reconnaissance faciale.

511. Pourtant, il est possible de s'interroger sur les conséquences de cette mise en base de données, d'autant que les conséquences de l'automatisation de ces traitements peuvent impliquer une modification des finalités dévolues aux fichiers.

512. Toutefois, si l'empreinte digitale a été la première mesure corporelle dont l'utilisation permettait tant la découverte du criminel à partir d'une trace laissée sur les lieux du crime que la reconnaissance de la personne à partir d'information contenue dans une base de données (Paragraphe 1), il faut constater que d'autres moyens utilisant ces deux éléments se sont développés, de façon artificielle, en utilisant des procédés dits traçants¹³⁴⁵. Pour ces derniers, l'État enregistre des données qui pourront se révéler utiles pour une future enquête, notamment au travers du développement de la vidéoprotection, condition *sine qua none* pour la reconnaissance faciale (Paragraphe 2).

¹³⁴² Décret n°2005-585 du 27 mai 2005 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur*.

¹³⁴³ Système de Traitement des Infractions Constatées (STIC).

¹³⁴⁴ Le système JUdiciaire de Documentation et d'EXploitation (JUDEX)

Paragraphe 1. Une mesure centrale : l’empreinte digitale

513. Traces papillaires. Utilisée en Chine par la dynastie Qin à partir de 221 avant notre ère, l’empreinte digitale ne s’est pourtant développée en occident qu’à la fin du XIXe siècle puisqu’il a fallu attendre 1902 et l’identification d’HENRY LEON SCHEFFER à partir d’une trace papillaire pour que ce système soit considéré comme opérationnel. Pour commencer, il est possible de définir l’empreinte digitale comme « *l’image du dessin formé par les crêtes papillaires qui sont présentes sur les faces antérieures et latérales des doigts, des paumes des mains, des orteils et plantes des pieds* »¹³⁴⁶. Quant à la définition des crêtes papillaires, il est possible de partir du constat que « *La peau se compose de deux couches superposées. La plus profonde se nomme le « derme », la couche superficielle constituant l’« épiderme ». La surface supérieure du derme ne se présente pas comme une surface uniforme, mais elle présente de petites irrégularités appelées « papilles », dont le nombre, la forme et la dimension varient sensiblement d’une partie du corps à l’autre.* »¹³⁴⁷. Quant à la morphogenèse des empreintes, elle se forme autour du 4e mois de gestation¹³⁴⁸ pour être définitive à la 25e semaine de gestation. Ces dermatoglyphes sont uniques et ne sont pas la résultante stricte d’une prédisposition génétique, ce qui implique l’existence d’empreintes digitales distinctes pour les vrais jumeaux. Quant à leur fin, elles ne disparaissent qu’après la mort avec la putréfaction. Et si l’unicité de ce dessin a été remarquée très tôt, notamment par HENRY FAULDS dès 1880, son utilisation comme système d’identification n’a été rendue possible que par l’émergence d’un système de classement permettant de retrouver l’enregistrement précédemment établi. Et l’on doit au gendre de CHARLES DARWIN, FRANCIS GALTON, d’avoir mis au point l’un des premiers systèmes de classement des empreintes digitales sur le modèle de ceux utilisés en taxinomie¹³⁴⁹. Basé sur un enregistrement décadactylaire

¹³⁴⁶ M. SCHWENDENER, « Signalement et identification », *Dalloz*, p. 3.

¹³⁴⁷ M. SCHWENDENER, *op. cit.*

¹³⁴⁸ Leur évolution étant homothétique, l’utilisation des empreintes digitales peut se faire à tout âge, y compris avant la puberté, ce qui n’était évidemment pas le cas de l’anthropométrie judiciaire.

¹³⁴⁹ Pour une vision synthétique de ces travaux on se référera à : F. GALTON, « Rapport présenté au Congrès d’Anthropologie criminelle de Genève par M. Francis GALTON 1896 », in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, pp. 124–128.

et divisé en 5 ou 9 groupes, il est alors organisé pour « *détecter des individus utilisant une fausse identité et déjà signalisés sous un autre état civil.* »¹³⁵⁰

514. Et l’empreinte digitale connue un certain succès que ce soit à travers son utilisation pour sécuriser la délivrance des titres d’identités ou, de manière plus ancienne, pour pouvoir confondre les criminels soit en utilisant les traces laissées sur les scènes de crimes, soit en comparant l’empreinte d’un suspect avec un enregistrement précédent pour s’assurer de son identité.

515. FAED. Aujourd’hui, le Fichier Automatisé des Empreintes Digitales, contient plus de 4 millions d’empreintes et 240 000 traces non identifiées et a permis la résolution en 2012 de 16 000 affaires, deux fois plus qu’en 2007. Créé, après un avis favorable de la CNIL¹³⁵¹, par le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l’intérieur ¹³⁵², pris en application de l’article 55-1 du Code de procédure pénale¹³⁵³ a vocation à « *faciliter la recherche et l’identification, par les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale, ainsi que par le service national de la douane judiciaire, des auteurs de crimes et de délits et de faciliter la poursuite, l’instruction et le jugement des affaires dont l’autorité judiciaire est saisie* »¹³⁵⁴. Et la Cour européenne des droits de l’homme a pu condamner cette formulation puisque n’indiquant « *pas clairement [...] qu’elle se*

¹³⁵⁰ M. SCHWENDENER, « Signalement et identification », *Dalloz*, p. 3.

¹³⁵¹ CNIL, Délibération n°86-102 du 14 octobre 1986, Délibération concernant un projet de décret *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le Ministère de l’Intérieur*

¹³⁵² Concernant la version actuellement en vigueur, il est possible de constater qu’elle résulte du Décret n°2005-585 du 27 mai 2005 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l’intérieur.*

¹³⁵³ « *L’officier de police judiciaire peut procéder, ou faire procéder sous son contrôle, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l’encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu’elle a commis ou tenté de commettre l’infraction, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d’examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l’enquête. Il procède, ou fait procéder sous son contrôle, aux opérations de relevés signalétiques et notamment de prise d’empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l’alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers. Le refus, par une personne à l’encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu’elle a commis ou tenté de commettre une infraction, de se soumettre aux opérations de prélèvement, mentionnées aux premier et deuxième alinéas ordonnées par l’officier de police judiciaire est puni d’un an d’emprisonnement et de 15 000 euros d’amende* ».

¹³⁵⁴ Article 1 du Décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l’intérieur.

limiterait aux crimes et délits »¹³⁵⁵. D'ailleurs, cette déclaration d'inconventionnalité avait été prévue par le ministère de l'Intérieur puisque dès 2005¹³⁵⁶ elle prenait un nouveau décret pour remédier à ce risque, ce dernier texte limitant expressément le relevé d'empreintes aux seuls crimes et délits. Quant à la question de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'à l'article 9 du Code civil, la Cour de cassation a considéré que l'enregistrement des empreintes dans ce fichier ne viole par la vie privée. Ainsi, le champ d'alimentation au niveau des infractions ayant été circonscrit, il est possible de s'intéresser à la distinction au sein de ce fichier entre le relevé d'empreintes et de traces.

516. Alimentation du FAED. Si le fait de refuser de se « *prêter aux prises d'empreintes digitales* » constitue un délit¹³⁵⁷, ce fichier centralise des éléments provenant de procédures juridiquement distinctes, prévues aux 4 al de l'article 3 du décret de 1987¹³⁵⁸. En effet, cette base de données connaît quatre procédures d'alimentation qu'il est possible de systématiser en deux blocs distincts en fonction d'une distinction structurelle entre les empreintes et les traces. En effet, soit l'empreinte provient d'une scène de crime, soit elle est directement prélevée sur la personne. Dans le premier cas elle est une mesure d'enquête en lien avec le crime, dans l'autre elle se prélève sur les personnes pour s'assurer de leur identité. Et ces deux modalités d'alimentation

¹³⁵⁵ CEDH, *M. K. c. France*, 18 avr. 2013, n° 19522/09 §41. D. Roets, « Fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) : la France rattrapée par l'arrêt S. et Marper c/ Royaume-Uni », *RSC*, vol. d, 2013, p. 666.

¹³⁵⁶ Décret n°2005-585 du 27 mai 2005 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur.

¹³⁵⁷ Article 78-5 du code de procédure pénale

¹³⁵⁸ Article 3 du décret n° 81-249 » *Peuvent être enregistrées : 1° Les traces relevées dans le cadre d'une enquête pour crime ou délit flagrant, d'une enquête préliminaire, d'une commission rogatoire, d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les articles 74-1 ou 80-4 du code de procédure pénale ou de l'exécution d'un ordre de recherche délivré par une autorité judiciaire ; 2° Les empreintes digitales et palmaires relevées dans le cadre d'une enquête pour crime ou délit flagrant, d'une enquête préliminaire, d'une commission rogatoire ou de l'exécution d'un ordre de recherche délivré par une autorité judiciaire, lorsqu'elles concernent des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission d'un crime ou d'un délit ou des personnes, mises en cause dans une procédure pénale, dont l'identification certaine s'avère nécessaire ; 3° Les empreintes digitales et palmaires relevées dans les établissements pénitentiaires, en application du code de procédure pénale, en vue de s'assurer de manière certaine de l'identité des détenus qui font l'objet d'une procédure pour crime ou délit et d'établir les cas de récidive ; 4° Les traces et les empreintes digitales et palmaires transmises par des organismes de coopération internationale en matière de police judiciaire ou des services de police étrangers en application d'engagements internationaux. »*

s'expliquent par la propriété centrale des empreintes digitales à savoir l'existence de traces.

517. Car, comme expliqué précédemment, si les empreintes digitales ont d'abord été utilisées comme moyen de reconnaître un récidiviste (A), les progrès de la police scientifique ont très vite permis de recueillir ces empreintes sur les scènes de crimes, transformant alors ce système d'identification du récidiviste en système identifiant tous les criminels, même les primo délinquants (B). Aujourd'hui cette distinction existe toujours puisque les procédures relatives aux prélèvements des traces sont matériellement séparées des procédures relatives aux empreintes dans la mesure où elles ne poursuivent pas, *stricto sensu*, les mêmes fonctions.

A. L'empreinte digitale comme procédé d'identification de la personne

518. Empreintes et FAED. Aujourd'hui au sein du Fichier automatisé des empreintes digitales sont enregistrées pour une durée de 25 ans « *Les empreintes digitales et palmaires [...] lorsqu'elles concernent des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission d'un crime ou d'un délit ou des personnes, mises en cause dans une procédure pénale, dont l'identification certaine s'avère nécessaire* ». Ainsi, sont enregistrées les empreintes des mis en cause d'un crime ou d'un délit. Concernant cet enregistrement, on a pu assister à une extension de ce fichage aux personnes détenues et aux personnes disparues, sur le modèle de l'extension qui a prévalu pour le fichage génétique¹³⁵⁹. Quant à l'utilisation de la notion juridiquement floue de « mis en cause » c'est un apport du décret de 2005¹³⁶⁰, qui réutilise ainsi une notion utilisée dans le fichier jumeau au FAED : le FNAEG. En effet, le décret de 1987, dans sa version originelle, connaissait un régime juridique plus restrictif puisqu'il limitait la captation d'empreintes, concernant cette catégorie, aux personnes contre lesquelles « des

¹³⁵⁹ Voir *supra* p. 420 et s.

¹³⁶⁰ Décret n°2005-585 du 27 mai 2005 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur*.

indices graves et concordants de nature à motiver leur inculpation auront été réunis ou des personnes, mises en cause dans une procédure pénale, dont l'identification certaine s'avère nécessaire »¹³⁶¹. Ainsi, au terme de cette évolution, le rattachement de la personne à une procédure pénale a laissé place à un critère relativement flou basé sur la vraisemblance ; cette évolution visant à favoriser l'alimentation du fichier, afin de permettre l'identification de la personne au moment de la première infraction et non uniquement en tant que récidivistes.

519. Cependant, aujourd'hui encore, l'enregistrement des traces papillaires est aussi justifié par la nécessité d'établir la récidive, notamment dans les établissements pénitentiaires¹³⁶², grâce à l'enregistrement des empreintes digitales et palmaires relevées en application du code de procédure pénale, « *en vue de s'assurer de manière certaine de l'identité des détenus qui font l'objet d'une procédure pour crime ou délit et d'établir les cas de récidive* ». Il est possible de s'interroger sur la pertinence aujourd'hui de cette disposition puisque les empreintes de la personne seront déjà en vertu de l'article 3 al 2 du décret déjà enregistrées.

520. Ajout du décret de 2005, l'enregistrement des traces et empreintes en provenance de pays tiers en vertu d'engagements internationaux¹³⁶³. Pour la France, c'est notamment l'article 8¹³⁶⁴ du Traité de Prüm du 27 mai 2005 qui met en place cette circulation d'empreintes. Dans cette perspective, ce n'est certainement par un hasard que la date de signature du traité correspond à la date d'édiction du décret.

521. Régime juridique du fichage des empreintes. Pourtant, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, le fichage des empreintes digitales à des fins de

¹³⁶¹ Article 3 du Décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

¹³⁶² Article D. 284 du code de procédure pénale

¹³⁶³ Article 3 al 4 » *Les traces et les empreintes digitales et palmaires transmises par des organismes de coopération internationale en matière de police judiciaire ou des services de police étrangers en application d'engagements internationaux* »

¹³⁶⁴ « *En vue de la mise en œuvre du présent Traité, les Parties contractantes garantissent que des données indexées soient disponibles concernant le contenu des systèmes automatisés nationaux d'identification dactyloscopique créés en vue de la prévention et de la poursuite d'infractions pénales. Ces données indexées ne contiennent que des données dactyloscopiques et une référence. Les données indexées ne doivent contenir aucune donnée permettant l'identification directe de la personne concernée. Les données indexées qui ne peuvent être attribuées à aucune personne (traces ouvertes) doivent être reconnaissables en tant que telles* ».

police a connu au sein des pays membres du Conseil de l'Europe une évolution, notamment dans sa conciliation avec l'article 8 de la Convention¹³⁶⁵. Concernant la France, c'est en 2013 que la Cour a considéré que trois dispositions du régime juridique du FAED pouvaient être considérées comme inconstitutionnelles.

522. L'encadrement des finalités. Tout d'abord, l'imprécision dans la finalité du FAED : comme mentionné précédemment, ce dernier problème a été corrigé par un décret en 2005¹³⁶⁶ qui prévoit désormais un fichage uniquement pour « les crimes et délit ».

523. La question de la vie privée. Tout d'abord, concernant la question de la vie privée, dans son arrêt *K c. France* de 2013 la Cour de Strasbourg considère, tout d'abord, en vertu d'une jurisprudence constante¹³⁶⁷, que la simple mémorisation des données constitue une ingérence dans la vie privée. Ensuite elle s'interroge sur le caractère nécessaire de cette dernière dans une société démocratique. La concernant, la Cour considère qu'« *une certaine marge d'appréciation, dont l'ampleur varie et dépend d'un certain nombre d'éléments, notamment de la nature des activités en jeu et des buts des restrictions* »¹³⁶⁸ existe. Cette marge connaît un double déterminisme tenant soit à l'existence d'un consensus au sein des états européens soit vis-à-vis de la finalité du fichage et se retrouve plus limitée « lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique, en particulier lorsque ces données sont utilisées à des fins policières »¹³⁶⁹. Dès lors, la marge de la France concernant le FAED était logiquement restreinte. C'est partant de cette marge restreinte que la Cour a considéré que si la captation des données, en tant que telle, ne violait par l'article 8 de la Convention, il en allait autrement de la conservation et des modalités de suppression de ces dernières. Concernant la conservation des données la Cour fait une distinction entre

¹³⁶⁵ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04

¹³⁶⁶ Décret n°2005-585 du 27 mai 2005 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur.

¹³⁶⁷ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04

¹³⁶⁸ MK § 34. CEDH, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96, § 88

¹³⁶⁹ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04 §35.

les données relatives aux personnes condamnées et celles relatives aux innocents¹³⁷⁰. Pour ces dernières, les conditions de stockage des informations sont limitées par un critère purement subjectif, à savoir l'absence « d'impression de ne pas être considérés comme innocents »¹³⁷¹. Quant à la suppression des données, comme le remarque la Cour, l'effacement « constitue une garantie « théorique et illusoire » et non « concrète et effective », d'ailleurs la CNIL avait déjà dans son avis¹³⁷² concernant le décret de 2005 émis des réserves sur ce sujet. Concernant cette question, suite à la question au Gouvernement du Député S. Coronado¹³⁷³ portant sur la prise en compte de cette distinction, le ministère de l'intérieur a répondu le 7 janvier 2014 qu'était à l'étude d'un « *projet de décret vis [ant] à prendre en compte cet arrêt sur la nature des infractions permettant de relever les empreintes digitales et le droit à l'effacement des données des personnes ayant bénéficié d'un acquittement, d'une relaxe, d'un classement sans suite ou d'un non-lieu.* »¹³⁷⁴

524. Des fonctions latentes. D'ailleurs, les refus d'effacement du fichier renseignent sur les résultats que poursuit ce fichier. En effet, certains éléments de leur motivation peuvent être considérés comme douteux et révélant la fonction que poursuit ce fichier et la Cour reprend alors les éléments mis en avant dans sa jurisprudence *Marper c. RU*¹³⁷⁵ pour l'appliquer au fichier Français, car, le maintien de la conservation des empreintes digitales du requérant a été décidé pour « *dans l'intérêt de celui-ci, en permettant*

¹³⁷⁰ « En outre, la Cour note que le décret n'opère aucune distinction fondée sur l'existence ou non d'une condamnation par un tribunal, voire même d'une poursuite par le ministère public » CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04 § 42, §22, .

¹³⁷¹ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04 § 36 et 122.

¹³⁷² « Emet sous les réserves suivantes un avis favorable au projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales :

compléter l'article 7 du projet de décret modificatif afin de préciser que le magistrat sous le contrôle duquel est placé le fichier peut ordonner la destruction des enregistrements dont la conservation ne paraîtrait manifestement plus utile compte tenu de la finalité du fichier, non seulement d'office, mais aussi à la demande de l'intéressé ; - prévoir dans le projet de décret et de la façon la plus précise possible, l'indication des modalités d'exercice par les intéressés de leur demande d'effacement » CNIL, Délibération n° 2004-068 du 24 juin 2004 portant avis sur le projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (demande d'avis n° 104023)

¹³⁷³ Assemblée nationale, question écrite n°40427, S. Coronado, JO du 22 octobre 2013 p. 10984.

¹³⁷⁴ Assemblée nationale, réponse écrite n°40427, Ministère de l'intérieur JO du 05 août 2014 p. 6753

¹³⁷⁵ D. ROETS, « Fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) : la France rattrapée par l'arrêt *S. et Marper c/ Royaume-Uni* », *RSC*, vol. d, 2013, p. 666.

d'exclure sa participation en cas de faits commis par un tiers usurpant son identité. »¹³⁷⁶. Pour cette position logiquement douteuse, le traitement policier de données à caractère personnel devient une condition de protection des droits fondamentaux de la personne fichée. Mais, au-delà de cette justification, il est possible de constater, à la suite de la Cour, que « *l'argument tiré d'une prétendue garantie de protection contre les agissements des tiers susceptibles d'usurper une identité reviendrait, en pratique, à justifier le fichage de l'intégralité de la population présente sur le sol français, ce qui serait assurément excessif et non pertinent* »¹³⁷⁷. Dès lors, les arguments du Gouvernement français dans l'arrêt *K. c. France* du 18 avril 2013 ne visent pas une fonction inhérente à la poursuite d'une infraction déterminée, fonction classique de la police judiciaire. Puisque ses modalités d'alimentation ont « *nécessairement pour résultat l'ajout et la conservation du plus grand nombre de noms possibles* ». ¹³⁷⁸ Et si en 1986 la CNIL dans son avis relatif au FAED pouvait considérer que ce dernier excluait « *toutes utilisations dans le cadre de la police administrative* »¹³⁷⁹, il est possible de constater que les évolutions du décret confirmées par les explications du Gouvernement impliquent que l'enregistrement des informations et notamment des empreintes se fait dans un cadre plus large que l'objectif à valeur constitutionnelle de « *recherche des auteurs d'infractions* »¹³⁸⁰.

525. Accès au fichier. Ce traitement mis en place par la direction centrale de la police judiciaire est placé à sa création sous le contrôle du Procureur général près la Cour d'appel de Paris. En ce qui concerne la consultation de ce fichier, il convient tout d'abord de la distinguer de son alimentation. En ce sens, si en 1987, l'alimentation pouvait être le fait d'officiers de police judiciaire, la consultation pour rapprochement était réservée aux « *fonctionnaires dûment habilités du service d'identité judiciaire du ministère de*

¹³⁷⁶ CEDH, *M. K. c. France* 18 avr. 2013, n° 19522/09 §12.

¹³⁷⁷ CEDH, *M. K. c. France* 18 avr. 2013, n° 19522/09 §40.

¹³⁷⁸ CEDH, *idem* §39.

¹³⁷⁹ CNIL, Délibération n°86-102 du 14 octobre 1986, Délibération concernant un projet de décret *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le Ministère de l'Intérieur*

¹³⁸⁰ Cons. Constit., Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.

l'Intérieur et des unités de recherche de la gendarmerie nationale »¹³⁸¹ uniquement sous saisine d'un officier de police judiciaire ou de l'autorité judiciaire. En 2005, la mention du « service de l'identité judiciaire » a été modifiée pour désormais viser « les services de l'identité de judiciaire ». Cette utilisation du pluriel, loin d'être anodine préfigurait déjà les évolutions amenées par le décret de 2011¹³⁸². Effectivement, au-delà de l'ajout du service national des douanes judiciaire comme entité pouvant avoir accès au fichier, désormais l'article 8 du décret précise tant les demandeurs du traitement que le destinataire des informations. En outre, la nouvelle rédaction de cette disposition est plus détaillée et juridiquement plus précise. Tout d'abord, concernant les personnes compétentes, aujourd'hui ce sont tous « *les fonctionnaires et militaires individuellement désignés et spécialement habilités des services d'identité judiciaire de la police nationale, du service technique de recherches judiciaires et de documentation ainsi que des unités de recherches de la gendarmerie nationale* » qui peuvent procéder aux opérations d'identification. Quant à la précision dans les concepts juridiques employés, le passage des « informations enregistrées »¹³⁸³ aux « *données à caractère personnel et aux informations contenues dans le traitement* »¹³⁸⁴, implique, au terme de la distinction entre informations et données développée précédemment, une actualisation des concepts, bien que le régime juridique utilisé concernant le FAED fût toujours celui des données à caractère personnel.

¹³⁸¹ Article 8 du Décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur.

¹³⁸² Décret n° 2011-157 du 7 février 2011 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur*

¹³⁸³ article 8 du décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur.

¹³⁸⁴ Article 8 du Décret n° 2011-157 du 7 février 2011 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 *relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur*

B. L'utilisation des traces comme procédé d'enquête

Fonction permettant d'identifier les primo-délinquants, l'utilisation des traces est pourtant considérée comme supplétive à l'utilisation des données préalablement enregistrées au contact de la personne. Si cela s'explique par les difficultés techniques d'enregistrement des traces, cela se retrouve aussi juridiquement par un déséquilibre avec le régime juridique des empreintes prélevées sur les personnes, notamment au regard des droits fondamentaux mobilisés.

526. Caractère supplétif de cette fonction. En effet, le régime juridique attendant aux traces est, au sein de l'identification judiciaire, déséquilibré par rapport à celui attendant aux empreintes attribuées à une personne. Tout d'abord, leur durée de conservation limitée à 3 ans¹³⁸⁵ contre une durée standard de 25 ans pour les empreintes est un bon indicateur du caractère supplétif de cette fonction au sein du fichier national des empreintes digitales. D'ailleurs, cette durée de trois ans interroge car, similaire à la durée de la prescription des délits¹³⁸⁶, elle est alors inférieure à la durée de la prescription concernant les crimes. Ainsi, les traces découvertes sur les lieux du crime ne peuvent être exploitées concernant les crimes qu'avant les « *dix années révolues à compter du jour où le crime a été commis si, dans cet intervalle, il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite* »¹³⁸⁷. D'ailleurs, il est possible de constater que cette durée est inférieure à celle prévue dans le fichier des empreintes génétiques puisque concernant ce dernier ; il semblerait que la durée de conservation des traces soit lissée sur la durée applicable aux empreintes. Partant, le délai de conservation des traces ADN est alors de 40 ans¹³⁸⁸.

527. Développement de cette fonction. Première identification à partir des traces papillaires, celle d'HENRI-LEON SCHEFFER en 1902 marqua le triomphe de l'utilisation de l'empreinte digitale, sur l'anthropométrie. Et il a fallu attendre plus de 100 ans pour voir un délinquant confondu par son empreinte palmaire¹³⁸⁹ puisqu'il a fallu attendre 2005

¹³⁸⁵ Décret n° 2011-157 du 7 février 2011 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

¹³⁸⁶ Article 8 du code de procédure pénale.

¹³⁸⁷ Article 7 du code de procédure pénale.

¹³⁸⁸ Article R53-14 du code de procédure pénale.

¹³⁸⁹ *Le figaro*, 27 janvier 2010, « Un voleur identifié grâce à la paume de sa main ».

pour voir ce type d'empreintes enregistré car désormais le FAED est un « *traitement automatisé de traces et empreintes digitales et palmaires* »¹³⁹⁰. D'ailleurs, il est étonnant que cet accroissement des informations enregistrées se soit trouvé justifié par la nécessité de « *fiabiliser les enregistrements d'empreintes digitales d'individus identifiés relevés dans les cas prévus par le décret* »¹³⁹¹. Cette justification porte en elle deux corollaires : tout d'abord, l'absence de certitude concernant la fiabilité des empreintes digitales en elles-mêmes, ensuite, le statut des traces et empreintes enregistrées, avant la mise en place de ce nouveau fichage ; leur force probante n'est-elle pas inférieure, dans la mesure où leur enregistrement n'a pas été sécurisé par l'enrôlement des empreintes palmaires ? Aujourd'hui cette interrogation connaît une réponse négative puisque s'il est possible de connaître la date d'enregistrement, cela ne crée aucun effet juridique à l'exception d'être le point de départ du délai d'effacement. Cependant, concernant l'empreinte digitale, cette fonction a pour conséquence l'enregistrement de l'ensemble des empreintes afin de favoriser l'identification judiciaire. En effet, par une certaine ruse de l'histoire, l'enregistrement des dix empreintes est apparu après le vol de la Joconde en 1911, le voleur, VINCENZO PERRUGIA, ayant utilisé sa main gauche alors que seules les empreintes de la main droite étaient précédemment fichées.

528. Une fonction juridiquement assumée. Dans son avis du 14 octobre 1986¹³⁹², concernant la création du fichier national automatisé des empreintes digitales, la CNIL met en lumière cette fonction, au détriment de l'identification des récidivistes ou des usurpateurs d'identité. De manière plus générale cette utilisation des traces permet de circonscrire ce fichier aux activités de police judiciaire et donc, corrélativement, de déterminer un régime juridique axé sur « *le régime général des constatations et des enquêtes de police judiciaire soit de règles procédurales spécifiques* »¹³⁹³. Pourtant, cette

¹³⁹⁰ Article 1 du Décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

¹³⁹¹ CNIL, Délibération n° 2004-068 du 24 juin 2004 portant avis sur le projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (demande d'avis n° 104023)

¹³⁹² CNIL, Délibération n°86-102 du 14 octobre 1986 concernant un projet de décret relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le Ministère de l'Intérieur

¹³⁹³ CNIL, Délibération n°86-102 du 14 octobre 1986 concernant un projet de décret relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le Ministère de l'Intérieur

focale sur la fonction poursuivie par le fichier, disparaît dans son avis du 24 juin 2004¹³⁹⁴ au profit d'une interrogation sur l'extension tant qualitative que quantitative que la nouvelle rédaction du décret entraîne pour le FAED.

529. Pourtant, l'efficacité du recueil des traces dans les enquêtes policières est à interroger puisque le rapport entre le nombre de captations de traces et les traces exploitées est relativement faible. Comme le remarque la sénatrice ÉLIANE ASSASSI « [...] le taux d'identification des traces papillaires exploitables recueillies sur les scènes d'infraction (c'est-à-dire le rapport entre le nombre d'identifications de traces réalisées par le FAED et le nombre de traces papillaires exploitées au FAED parmi les traces exploitables recueillies par les services sur les scènes d'infraction couvertes par l'investigation technique), taux qui a un réel impact sur l'élucidation des crimes et délits, est-il de seulement 24 % en 2011 pour la police et de 20,3 % pour la gendarmerie. »¹³⁹⁵. Ainsi, l'utilisation des traces pour résoudre des enquêtes connaît un taux relativement faible qui connaît une explication extra-juridique, à savoir l'adaptation du comportement du délinquant. En effet, le délinquant putatif, lors de la commission de l'infraction adapte son mode opératoire pour empêcher l'enregistrement des empreintes que ce soit par le recours à des artefacts (gants...), soit dans certains cas extrêmes en empruntant les empreintes d'un tiers, faussant alors à la source les relevées de traces. Dès lors, d'autres procédés ont été utilisés pour confondre les primo-délinquants, en dématérialisant les traces qui ne résultent plus d'une action de l'individu mais peuvent alors être enregistrées à son insu.

¹³⁹⁴ CNIL, Délibération n° 2004-068 du 24 juin 2004 portant avis sur le projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (demande d'avis n° 104023)

¹³⁹⁵E. ASSASSI, avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi de finances pour 2013, adopté par l'assemblée nationale, tome XIX sécurité p. 24.

Paragraphe 2. Le développement de nouveaux moyens d'identification : la reconnaissance faciale

530. Le visage, dont l'interdiction de la dissimulation est désormais la règle¹³⁹⁶, entretient un rapport étroit avec l'identification de la personne. Dès 1819, la préfecture de police de Paris mène des tentatives d'enregistrement de l'image de la personne, notamment à l'aide du « physionotrace », un « *appareil permettant à un artiste exercé, à l'aide d'un système de projection et de jeu d'ombres, de réaliser en moins de trois minutes le profil du visage d'un homme* »,¹³⁹⁷ Mais c'est avec l'apparition de la première photographie prise par JOSEPH NICEPHORE NIEPCE en 1826 que ce procédé, bon marché, va connaître un développement qui se traduira par une utilisation systématique dans l'identification judiciaire. Organiquement, à la création du service de l'identité judiciaire en 1886, ce dernier se compose de trois sections : les sommiers, l'anthropométrie et déjà la photographie¹³⁹⁸. Quant à ce développement, il poursuit, avant tout, la finalité classique de l'identité judiciaire : l'identification des récidivistes. Dans cette perspective, la prise de clichés anthropométriques de face et de profil c'est grandement généralisée au point d'être omniprésente au sein des fichiers de police y compris dans les fichiers biométriques. À titre d'illustration, elle est depuis 2005 enregistrée au sein du FAED¹³⁹⁹ sous l'appellation « clichés anthropométriques », afin de « *permettre aux enquêteurs interrogeant le fichier de s'assurer qu'un jeu d'empreintes est bien celui d'un individu donné* »¹⁴⁰⁰. Pourtant, pendant longtemps l'utilisation de la photographie a été limitée par la nature visuelle du contrôle, limites inhérentes à l'aspect subjectif de l'appréciation du

¹³⁹⁶Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO 3 mars, p. 4128

¹³⁹⁷ M. KALUSZYNSKI, « ALPHONSE BERTILLON et l'anthropométrie judiciaire. L'identification au cœur de l'ordre républicain », *Criminocorpus*, 12-May-2014. Disponible en ligne.

¹³⁹⁸ I. ABOUT, « les fondations d'un système national d'identification policière en France (1893-1914). Anthropométrie, signalements et fichiers », *genèse*, vol. 54, 2004, p 33.

¹³⁹⁹ Article 4 al 5 du Décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur

¹⁴⁰⁰ CNIL, Délibération n° 2004-068 du 24 juin 2004 portant avis sur le projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (demande d'avis n° 104023)

contrôleur¹⁴⁰¹. Effectivement, jusqu'à l'invention des systèmes informatisés de reconnaissance faciale, il appartenait au contrôleur, en application du syllogisme qui sert de modèle à la biométrie, de conclure à l'existence d'une correspondance entre la photographie et le suspect. Et des études, pour la plupart Nord Américaines, ont clairement montré que la précision de la perception était essentiellement fonction du référentiel du contrôleur et que, partant, il existait par exemple un biais intergénérationnel¹⁴⁰² ainsi qu'un biais interethnique¹⁴⁰³.

531. En partant de ce point de rupture, il est possible de constater que la reconnaissance par une personne des clichés anthropométriques existe toujours (A), il est possible de constater que l'automatisation du processus de reconnaissance a entraîné une modification dans son utilisation (B).

A. Une reconnaissance par la personne

532. Antériorité de la photographie. Si son utilisation précède la mise en place des fiches anthropométriques¹⁴⁰⁴, la photographie d'identité est le système de reconnaissance le plus généralisé, comme en témoigne son omniprésence dans l'ensemble des bases de données portant sur l'identité, qu'elles soient manuelles ou automatisées. Les fichiers de police mêmes traitant des données biométriques prévoient l'enregistrement des clichés anthropométrique ; la photographie est ainsi utilisée systématiquement afin de limiter les risques d'usurpation d'identité. En effet, la photographie anthropométrique possède deux avantages qui en ont hâté le développement. Tout d'abord, son utilisation par les personnes est simple, elle est immédiate dans les deux sens du terme. Elle ne nécessite aucune médiation technique : reconnue par la personne, elle rend superflue l'utilisation

¹⁴⁰¹ Voir notamment : PY J. 1998. « L'affaire MC Ruby : un cas d'école pour une expertise de psychologie du témoignage oculaire ». *Droit et Cultures* n°36 : 37-57

¹⁴⁰² M. G. RHODES & J. S. ANASTASI, « The own-age bias in face recognition: A meta-analytic & theoretical review », *Psychological Bulletin*, vol. 138, n°1. pp. 146–174, 2012.

¹⁴⁰³ K. L. HOURIHAN, A. S. BENJAMIN, & X. LIU, « A cross-race effect in metamemory: Predictions of face recognition are more accurate for members of our own race », *Journal of Applied Research in Memory & Cognition*. 2012.

¹⁴⁰⁴ On en trouve mention dans A., BERTILLON, « Des faiblesses des signalements actuels (1879) », in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, p. 97.

d'instrument de mesure pour déterminer la conclusion du syllogisme biométrique. Ensuite, la détermination de la conclusion est immédiate, sans temps de latence, par le contrôleur.

533. Photographie et système biométrique. Tout d'abord, la question du rattachement des clichés anthropométriques aux systèmes biométriques se pose pourtant avec acuité. En ce sens, pour les tenants d'une vision informatisée de la biométrie¹⁴⁰⁵, seule une petite partie des données potentiellement biométriques peut être qualifiée de système de reconnaissance biométrique. L'existence de cette qualification se déduisant tant d'une numérisation des photographies argentiques que par l'existence d'un traitement informatisé spécial : la reconnaissance faciale.

534. Pourtant, contrairement à cette position, il est possible de considérer que l'ensemble des photographies anthropométriques, informatisées ou non, peut être considéré comme relevant des systèmes biométriques. En effet, au regard de la durée de conservation de ces documents, la question de ce classement ne porte pas sur l'existence d'un traitement spécifique mais sur la possibilité, même future, d'utiliser ces éléments dans le cadre d'un processus de reconnaissance faciale. Dans cette perspective, force est de constater qu'aujourd'hui la tendance est à la numérisation des photographies anthropométriques, alors même que l'absence d'un tel traitement était considérée comme une garantie concernant les finalités d'utilisation des données et donc comme inhérente au régime juridique autorisant la collecte des données. Dans cette perspective la CNIL en 2004 prenait « *acte que le seul traitement appliqué aux clichés anthropométriques consistera à les numériser et à les conserver dans le fichier, sous des numéros et selon des modalités excluant toute autre forme de traitement, en particulier de reconnaissance faciale des intéressés* »¹⁴⁰⁶, affirmation pourtant démentie par la suite.

535. Néanmoins, cette reconnaissance par l'agent d'une personne en fonction de sa photographie a juridiquement été traversée par deux mouvements importants.

536. Une utilisation systématique. Tout d'abord, on a assisté à une multiplication des fichiers de police utilisant la photographie qualifiée alors d'anthropométrique. Ainsi, on

¹⁴⁰⁵ Voir *infra*.

¹⁴⁰⁶ CNIL, Délibération n° 2004-068 du 24 juin 2004 portant avis sur le projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (demande d'avis n° 104023)

l'a retrouvée dans des fichiers aujourd'hui disparus comme le STIC ou le JUDEX, ainsi qu'au sein de fichiers spécifiques comme le FAED. D'ailleurs, le cas de ce dernier est symptomatique puisque l'enregistrement de clichés n'a en son sein aucune fonction identificatoire, rôle dévolu exclusivement aux empreintes dactyloscopique. D'ailleurs, pour ce dernier fichier la numérisation des photographies a donné lieu à un avis favorable de la CNIL, sous réserve que le résultat de cette numérisation ne donne pas lieu à la mise en place d'un procédé de reconnaissance faciale. Et l'on retrouve ce principe selon lequel la photographie numérisée est autorisée sous réserve qu'elle ne serve pas à un procédé de reconnaissance faciale, dans l'ensemble des fichiers de police, comme c'était précédemment le cas dans le STIC et le JUDEX et comme c'est toujours le cas dans certains fichiers, notamment le GIPASP¹⁴⁰⁷, le FNIS¹⁴⁰⁸, ou en ce qui concerne les étrangers enregistrés dans le fichier ELOI¹⁴⁰⁹.

537. Une critique de la photographie anthropométrique. Enfin, son absence de fiabilité, ainsi que son caractère contingent, ne permet pas à la photographie d'identité, quand elle est traitée manuellement, d'être considérée comme une preuve hautement discriminante. Effectivement, deux grands obstacles semblent dirimants à son utilisation et à sa fiabilité. Premier obstacle relatif à l'essence même de la photographie : son caractère contingent. En effet, prise à un moment donné, la fiabilité des informations contenues est très relative et dépendante du vieillissement de la personne. Et c'est pour limiter ces effets que la prise des photographies a été standardisée, sans que, pour autant, contrairement aux exigences en matière de preuve d'identité, une disposition juridique prévoit la mise à jour de ces photographies. Afin de permettre de garder une plus grande ressemblance entre l'identité contenue dans la photographie et le visage de la personne. Second obstacle inhérent au caractère subjectif de l'observation, les limites de la

¹⁴⁰⁷ gestion de l'information et la prévention des atteintes à la sécurité publique créé par le Décret n°2011-340 du 29 mars 2011 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la gestion de l'information et la prévention des atteintes à la sécurité publique.

¹⁴⁰⁸ Fichier national des interdits de stade créé par l'arrêté du Ministre de l'intérieur en date du 28 août 2007 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatif aux personnes interdites de stade.

¹⁴⁰⁹ Étrangers en situation irrégulière créé par l'Arrêté du Ministre de l'intérieur, en date du 30 juillet 2006 relatif à l'informatisation de la procédure d'éloignement par la création d'un traitement de données à caractère personnel au sein du ministère de l'intérieur

perception du contrôleur. D'ailleurs, tout comme au XIX^e siècle¹⁴¹⁰, la difficulté de mettre en place un système de classement objectif concernant ces dernières nuit aux possibilités d'identification. Ce qui peut expliquer le développement de nouveaux traitements les concernant, à savoir : la reconnaissance faciale.

B. Une reconnaissance par la machine

538. Une légalité récente. Lorsqu'en 2004, le législateur ajouta lors d'un enregistrement au Fichier national des empreintes digitales la possibilité d'enregistrer la photographie anthropométrique des personnes fichées, la CNIL dans son avis¹⁴¹¹, se montra favorable à cette nouveauté, sous réserve que « *le seul traitement appliqué aux clichés anthropométriques consiste à les numériser et à les conserver dans le fichier, sous des numéros et selon des modalités excluant toute autre forme de traitement, en particulier de reconnaissance faciale des intéressés.* » Pourtant, c'est en se basant sur son existence dans ces fichiers que le pouvoir exécutif développa en France un fichier permettant de procéder à un tel traitement, la numérisation n'étant alors que la première étape de la reconnaissance faciale.

539. Le traitement des antécédents judiciaires. Le traitement des antécédents judiciaires a été bâti à partir des critiques adressées aux précédents fichiers, notamment concernant le pourcentage très faible d'enregistrements considérés comme exacts (environ 30 %), ainsi que la volatilité des enregistrements puisque, selon la CNIL, les deux tiers des enregistrements ont fait l'objet d'une modification¹⁴¹². Pourtant, sa mise en

¹⁴¹⁰ « Nous savons bien que la préfecture de police fait photographier depuis plus de 8 ans tous les prévenus de droit commun qui lui passent par les mains afin d'avoir une preuve de leur identité. [...] la police a collectionné en 8 ans plus de 75000 cartes tant hommes que femmes qui représentent l'ensemble de la population criminelle de Paris. Voulez-vous que pour chaque inculpé qu'on lui amène, elle examine successivement ces 75000 cartes ? C'est absolument impossible » A. BERTILLON, « L'identité des récidivistes et la loi de relégation (1883) », in *Crime, science et identité: anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*, 2006, pp. 98–101.

¹⁴¹¹ CNIL, Délibération n° 2004-068 du 24 juin 2004 portant avis sur le projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (demande d'avis n° 104023)

¹⁴¹² « En définitive, sur le nombre des investigations effectuées dans le cadre du droit d'accès indirect à la demande de particuliers, il est vrai, entre le 1^{er} janvier et le 31 octobre 2008, il s'avère que seules 17 % des fiches de personnes mises en cause étaient exactes ; 66 % ont fait l'objet d'une modification de portée variable (changement de durée de conservation, de qualification pénale, etc.) ; 17 % ont été purement et

place n'a pas apporté pour autant de solutions puisque ce nouveau fichier n'a pas « *au préalable élaboré un mécanisme de mise à jour de fiches inexactes* »¹⁴¹³, car si le traitement est nouveau, les données sont quant à elles plus anciennes. En effet, le « traitement des antécédents judiciaires » est né de la fusion entre le STIC¹⁴¹⁴ et le JUDEX¹⁴¹⁵, par un décret le 4 mai 2012¹⁴¹⁶. Si ce dernier reprend l'intégralité des éléments fichés dans les fichiers précédents¹⁴¹⁷, il se singularise par l'ajout d'une « *photographie comportant des caractéristiques techniques permettant de recourir à un dispositif de reconnaissance faciale (photographie du visage de face* »¹⁴¹⁸ pour les trois catégories de personnes fichées : mis en cause, personnes disparues et corps non identifiés. Et cet enregistrement permet de recourir à des traitements de reconnaissance faciale, baptisé Ariane, visant à l'identification des délinquants¹⁴¹⁹. Si le TAJ a été présenté, comme la simple agrégation des fichiers préexistants, l'ajout d'un traitement de reconnaissance faciale à ce nouveau fichier modifie radicalement les possibilités d'enquête découlant de cette technique tout en surajoutant néanmoins de nouveaux problèmes juridiques à ceux qui existaient précédemment¹⁴²⁰. En effet, ce nouveau traitement détourne des finalités qui ont présidé à leur captation, les données,

simplement supprimées du fichier. S'agissant du nombre des affaires (ou procédures) enregistrées dans le STIC (une personne pouvant être enregistrée dans le STIC pour plusieurs affaires), 30 % étaient exactes, 51 % ont été modifiées et 19 % supprimées. Une analyse plus fine révèle que ces « erreurs » ainsi rectifiées provenaient, dans 35 % des cas, du ministère de l'intérieur et, dans 65 % des cas, du ministère de la justice ». CNIL, Conclusions du contrôle du système de traitement des infractions constatées (STIC) Rapport remis au Premier ministre le 20 janvier 2009.

¹⁴¹³ M. LENA, « Les attentes liées à l'entrée en vigueur du Traitement des antécédents judiciaires », *AJ Pénal*, 2013, p. 635.

¹⁴¹⁴ Issu de la loi du 07 août 1985 relative à la modernisation de la police nationale, le Système de traitement des infractions constatées contenait en 2010, selon la CNIL 33 millions de fiches individuelles, 5,5 millions de mis en cause et 28,3 millions de victimes.

¹⁴¹⁵ Le Système judiciaire de documentation et d'exploitation fut mis en fonction en même temps que le STIC, dont il est le pendant en zone gendarmerie, il n'acquies cependant une existence légale que tardivement, par le Décret n° 2006-1411 du 20 novembre 2006 portant création du système judiciaire de documentation et d'exploitation dénommé « JUDEX »

¹⁴¹⁶ Décret n° 2012-652 du 4 mai 2012 relatif au traitement d'antécédents judiciaires

¹⁴¹⁷ S. AKORRI, & E. DAOUD, « Fichiers d'antécédents judiciaires et atteinte à la vie privée : De l'inconstitutionnalité des fichiers STIC et JUDEX ? », *AJ Pénal*, 2014, p. 174.

¹⁴¹⁸ Article R 40-26 al 1 et 3 du code de procédure Pénale

¹⁴¹⁹ CNIL, Délibération n° 2011-204 du 7 juillet 2011 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat relatif à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « traitement de procédures judiciaires » (TPJ) (demande d'avis n° 1484843)

¹⁴²⁰ CNIL, 25 juin 2013, "Conclusions du contrôle des fichiers d'antécédents du ministère de l'intérieur".

qui désormais font l'objet d'un traitement biométrique. Pourtant le Conseil d'État considère que le TAJ est un traitement séparé, malgré l'identité des données traitées¹⁴²¹. Cette focalisation des régimes juridiques sur les traitements et non sur les données, s'il est dans la droite ligne de la conception française mise en place par la loi informatique et libertés, pourrait entraîner un déséquilibre dans la conciliation opérée entre les droits fondamentaux et d'autres objectifs. En effet, si les critiques concernant les précédents fichiers se sont focalisées sur leurs modalités de captations des données, la récupération de ces dernières au sein d'un nouveau fichier qui a modifié les modalités de captation rend difficile pour la personne fichée l'utilisation de ses droits face à ce détournement. D'ailleurs, dans une espèce similaire la CJUE¹⁴²² n'a pas considéré que les normes de l'Union faisaient obstacles à une réutilisation des données pour une finalité différente de celle qui avait présidé à leur captation.

540. C'est ainsi que, le 9 avril 2014¹⁴²³, la première interpellation dont la preuve du délit s'est basée exclusivement sur la reconnaissance faciale du délinquant a eu lieu à Lille. Si, dans cette affaire, l'élément de comparaison était contenu dans une photo prise par un smartphone volé, la création de ce fichier peut être interprétée comme, cela se retrouve à l'étranger¹⁴²⁴, comme en lien avec la vidéosurveillance dans la mesure où la vidéosurveillance crée en continu des traces, qui pourront être comparées plus tard, pour en extraire l'identité d'un individu filmé.

541. Vidéosurveillance et reconnaissance faciale. Ainsi, l'existence de systèmes de vidéosurveillance peut être réinterrogée face à l'existence de ce fichier. Effectivement, l'enregistrement des caméras pourra donner lieu à une connexion avec ce fichier afin d'en

¹⁴²¹ CE, 11 avril 2014, N° 360500

¹⁴²² CJUE, 4^{ème} chambre, 16 avril 2015, *W. P. Willems (C-446/12) contre Burgemeester van Nuth, H. J. Kooistra (C-447/12) contre Burgemeester van Skarsterlân*,

¹⁴²³ BERDAH, A, « Première interpellation grâce au nouveau système de reconnaissance faciale », *le Figaro*, 9 avril 2014.

¹⁴²⁴ « Au Royaume-Uni, l'un des pays les plus vidéosurveillés au monde, la biométrie est en vedette depuis 1998. Dans la banlieue de Londres, de nombreuses municipalités ont recours à des systèmes de vidéosurveillance biométrique capable de reconnaître le visage des criminels fichés par la police » M. KALUSZYNSKI, « L'identification ; pratique constructrice de l'Etat Genèse et développement des techniques d'identification en République (XIX-XXI^{ème} siècles) Du carnet anthropométrique au passeport biométrique, » in "Les approches pragmatiques de l'action publique : quels apports pour l'analyse des politiques publiques ? Atelier 7 du Congrès annuel de la Société québécoise de science politique, Ottawa : France (2009)" *L'identification*, 2009, pp. 1-36.

extraire une identité. Désormais, dans le cadre de la vidéosurveillance, le contrôle d'identité est médiatisé à un double niveau. Premièrement, le contrôle d'identité n'est plus *intuitu personae*, entre l'individu et l'agent ; il est médiatisé par la technique ce qui a pour conséquence un enchevêtrement des régimes juridiques¹⁴²⁵. De plus, il cesse d'être immédiat, pour être différé dans le temps, voire n'être qu'une faculté, une possibilité jamais exercée¹⁴²⁶. Et c'est cette « possibilité » qui articule les procédés de police administrative, à savoir la vidéoprotection avec les fichiers de police judiciaire. En ce sens, face à une infraction déterminée et sous le contrôle de l'autorité judiciaire¹⁴²⁷, une vérification d'identité sur les « bandes » de vidéosurveillance constitue une mesure d'enquête considérée comme un élément de police judiciaire. Néanmoins, la vidéosurveillance n'est pas un simple contrôle médiatisé de l'identité, elle peut dans une première approche être définie comme « un système de surveillance des lieux publics par caméra vidéo »¹⁴²⁸.

¹⁴²⁵ Ainsi, concernant le traitement des antécédents judiciaires, l'administration du fichier est de la compétence du juge administratif alors que son exploitation reste dans le giron du juge judiciaire. Comme le précise le Conseil d'Etat « si les données nominatives figurant dans le traitement des antécédents judiciaires portent sur des informations recueillies au cours d'enquêtes préliminaires ou de flagrance ou d'investigations exécutées sur commission rogatoire et concernant tout crime ou délit ainsi que certaines contraventions de cinquième classe, les décisions en matière d'effacement ou de rectification prises par le procureur de la République ou par le magistrat mentionné à l'article 230-9 du code de procédure pénale, qui ont pour objet la tenue à jour de ce fichier et sont détachables d'une procédure judiciaire, constituent non pas des mesures d'administration judiciaire, mais des actes de gestion administrative du fichier ; qu'elles peuvent par suite faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif » . CE, 11 avril 2014, *Ligue des droits de l'homme*, req. n° 360759.

¹⁴²⁶ En l'absence actuelle de système généralisé de reconnaissance faciale, s'appliquant à toutes personnes dont l'image est captée, les agents de police ont la faculté d'utiliser le système traitement des antécédents judiciaires, qui n'est pas pour l'instant connecté en permanence.

¹⁴²⁷ « Cons. que les faits dommageables dont a été victime la dame Noualek sont consécutifs à une opération de police exécutée dans une période anormale où, en application de textes en date des 23 avril et 7 juillet 1941, tous les services de police étaient placés sous l'autorité des préfets « en vue d'assurer le maintien de l'ordre et de « prévenir et réprimer les atteintes à la sécurité publique » ; Qu'en l'espèce, ladite opération, dont l'instruction n'établit pas qu'elle avait pour objet la recherche d'un délit ou d'un crime déterminé, effectuée sur instructions de l'intendant de police, sous la protection de fusils de chasse, en dehors de tout ordre ou intervention de l'autorité judiciaire, ne saurait être regardée comme une « perquisition » mais comme une véritable opération de police administrative, exclusive des règles protectrices du domicile privé des citoyens, ne pouvant être rattachée au fonctionnement de la justice ; Qu'ainsi, dans les circonstances où s'est produit l'acte dommageable, survenu au cours de l'exécution d'un service public et non détachable de l'accomplissement de celui-ci, les tribunaux judiciaires ne peuvent se prononcer sur la responsabilité civile de l'Etat, qui n'est susceptible d'être mise en cause que devant un tribunal administratif » T.C., 7 juin 1951, *Dame Noualek*

¹⁴²⁸ article « vidéosurveillance » in dictionnaire le ROBERT.

542. L'extension de la vidéosurveillance. Autorisé marginalement depuis 1995¹⁴²⁹, le développement de la vidéosurveillance a été considéré par l'État comme une priorité depuis 2007¹⁴³⁰. En effet, ce dernier en a hâté le développement de la vidéosurveillance par une politique volontariste doublée d'une multiplication des finalités justifiant son emploi¹⁴³¹. La vidéosurveillance en tant que panacée contre le terrorisme¹⁴³² a connu une mise en place rapide, une extension de son champ d'application¹⁴³³, un grand nombre de dispositions législatives ainsi qu'une codification¹⁴³⁴. Cependant, si le nombre de caméras prête aujourd'hui encore à débat, son augmentation est certaine. En 2010, il y aurait, 10 000 systèmes de vidéosurveillance selon la Cour des comptes contre environ trois fois plus pour le ministère de l'Intérieur. Installés par les autorités de police administrative, les systèmes de vidéosurveillance ne sont pas répartis de façon homogène sur l'ensemble du territoire. Leur installation est laissée à l'appréciation des préfets¹⁴³⁵ quant à la légalité et aux maires quant à leur opportunité. Ce découpage des compétences a pour conséquence une grande hétérogénéité d'installation entre communes. À titre

¹⁴²⁹ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

¹⁴³⁰ Ainsi, la Lettre de mission de Juillet 2007 du président de la République au ministre de l'intérieur considérait comme nécessaire de « *déployer plus de moyens de vidéosurveillance, qui sont un instrument essentiel de prévention de répression des actes terroristes* ».

¹⁴³¹ Pas moins de neuf finalités sont prévues par l'article L 252-2 du code de sécurité intérieure, dans un inventaire dont la cohérence fait défaut. Ces dernières allant de la régulation des flux de circulation à la lutte contre le terrorisme.

¹⁴³² « *Les attentats de Londres ont démontré l'efficacité des systèmes de vidéosurveillance pour aider les enquêteurs à identifier les auteurs des attentats et à démanteler les réseaux logistiques. Si le réseau de transport parisien avait disposé d'un réseau étendu et performant de vidéosurveillance, la vague d'attentats de 1995-1996 aurait probablement été moins longue et moins meurtrière. La vidéosurveillance peut dans certains cas prévenir des actions terroristes. Cet aspect ne doit toutefois pas être exagéré, le mode opératoire des attentats suicides rendant particulièrement difficile la détection et l'interruption de l'opération terroriste* ». in J.-P. COURTOIS, rapport relatif au Projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers. AN Rapport n°117

¹⁴³³ Article L223-1 du code de la sécurité intérieure.

¹⁴³⁴ Ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure

¹⁴³⁵ Si depuis la LOPS de 1995, la demande pour la mise en place d'un système de vidéosurveillance émane des maires, ces systèmes sont autorisés par le Préfet après avis consultatif de la commission départementale de la vidéosurveillance. Cependant comme le remarque la Cour des comptes dans son rapport, les préfets est indépendamment de son rôle d'autorisation est chargé « *par instruction ministérielle de promouvoir auprès des élus locaux les avantages de la vidéosurveillance de la voie publique* ». Cette double casquette montre clairement l'intérêt de l'État pour le développement de la vidéosurveillance.

d'illustration, si Toulouse ne possède que 25 caméras de sécurité¹⁴³⁶, Nice en possède 624¹⁴³⁷.

543. Un problème de définition. Toutefois, indépendamment de ce développement tant matériel que normatif, il faut constater qu'il n'existe à l'heure actuelle aucune définition juridiquement satisfaisante concernant de ces caméras. Pourtant, cette recherche de la définition est nécessaire puisqu'elle seule permet d'en délimiter le régime juridique. D'ailleurs, même les textes qui encadrent les normes techniques¹⁴³⁸, s'abstiennent d'en donner une définition, alors que les modalités techniques déterminent directement leurs utilisations possibles et donc, logiquement leur définition. D'ailleurs, cette absence de définition s'est doublée d'une multiplication des expressions servant à désigner ces systèmes. Ainsi, l'apparition, début 2008, de l'expression « vidéoprotection »¹⁴³⁹ et sa reprise législative¹⁴⁴⁰ ont flouté le concept de vidéosurveillance. Dès lors, un éclaircissement s'impose, la distinction entre vidéosurveillance et vidéoprotection est de nature historique et non conceptuelle. La vidéoprotection serait la dernière déclinaison, l'avatar le plus moderne de la vidéosurveillance, apparue en 1981. En effet, cette distinction sémantique, instituée par la LOPSI II¹⁴⁴¹ en 2011 ne recoupe aucun élément substantiellement tangible¹⁴⁴². Tout au plus la vidéoprotection serait le développement de la vidéosurveillance à grande échelle ; évolution quantitative et non qualitative. En revanche, pour A. BAUER, il ne s'agirait plus d'une distinction, mais d'une précision : la vidéosurveillance serait l'appellation généraliste et générique tandis que la vidéoprotection ne concernerait que « *les espaces*

¹⁴³⁶ Soit une caméra pour 18000 habitants.

¹⁴³⁷ Soit une caméra pour 563 habitants.

¹⁴³⁸ Arrêté du 3 août 2007 portant définition des normes techniques des systèmes de vidéosurveillance. Ministre de l'Intérieur.

¹⁴³⁹ Commission nationale de la vidéosurveillance, Plan videoprotection, 2008.

¹⁴⁴⁰ Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

¹⁴⁴¹ Article 17 de la LOPPSI II du 15 mars 2011 « *Sous réserve des dispositions de la présente loi, dans tous les textes législatifs et réglementaires, le mot « vidéosurveillance » est remplacé par le mot « vidéoprotection »* ». Il est possible de nous interroger sur le caractère normatif d'un texte dont le seul objet pour le scientifique est la substitution des mots. Quand le juriste s'interrogera sur la multiplication des catégories sans régime juridiques distincts, alors que le polémiste pourra s'émouvoir sur l'instauration d'une novlangue.

¹⁴⁴² « Quand la vidéoprotection " remplace la "vidéosurveillance" », Le Monde, 16 février 2010. (Article non signé).

*publics sous le contrôle et l'autorité de la puissance publique.*¹⁴⁴³ » Néanmoins, cette définition en forme de pléonasme — le contrôle des espaces publics étant un monopole de la puissance publique¹⁴⁴⁴ - ne permet pas d'établir une grille de lecture satisfaisante. Dans la mesure où même la loi de 1995 relative à la vidéosurveillance¹⁴⁴⁵ interdisait, comme cela a été noté par le Conseil constitutionnel, que soient « *visualisées les images de l'intérieur des immeubles ainsi que de façon spécifique leurs entrées* »¹⁴⁴⁶. Ainsi, en 2010 le Conseil a censuré une disposition au motif que « *le législateur a permis la transmission aux services de police et de gendarmerie nationales ainsi qu'à la police municipale d'images captées par des systèmes de vidéosurveillance dans des parties non ouvertes au public d'immeubles d'habitation sans prévoir les garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes qui résident ou se rendent dans ces immeubles ; qu'à l'égard de cette situation, qui n'entre pas dans le champ d'application de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 susvisée, il a omis d'opérer entre les exigences constitutionnelles précitées la conciliation qui lui incombe ; que, dès lors, il a méconnu l'étendue de sa compétence* »¹⁴⁴⁷. Ainsi, même sous l'empire du précédent vocable, les caméras avaient pour fonction exclusive la surveillance sur la voie publique ou sur des espaces ouverts au public¹⁴⁴⁸, c'est-à-dire sur l'espace public. Il est alors possible d'amener une autre interprétation du changement de vocabulaire, en rapport avec la reconnaissance faciale.

¹⁴⁴³ Bauer, A. & F. Freynet, *Vidéosurveillance et vidéoprotection*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2008, p. 3.

¹⁴⁴⁴ Cons. Constit., décision n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

¹⁴⁴⁵ Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité (n° 95-73 du 21 janvier 1995)

¹⁴⁴⁶ Cons. Constit., Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 5.

¹⁴⁴⁷ Cons. Constit., Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public. Cons. 23

¹⁴⁴⁸ « *La transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique, par le moyen de la vidéosurveillance, peuvent être mis en œuvre par les autorités publiques compétentes aux fins d'assurer la protection des bâtiments et installations publics et de leurs abords, la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, la régulation du trafic routier, la constatation des infractions aux règles de la circulation ou la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol. Il peut être également procédé à ces opérations dans des lieux et établissements ouverts au public particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol, aux fins d'y assurer la sécurité des personnes et des biens* ». Article 10-2 de la Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité (n° 95-73 du 21 janvier 1995).

544. Une définition par le biais de la reconnaissance faciale. En effet, la vidéo surveillance utilisait un signal analogique, de simples bandes magnétiques pour enregistrer ses données. Ce système interdit tout procédé automatique de reconnaissance faciale, alors que les systèmes de vidéoprotection utiliseront des systèmes d'identifications numériques permettant l'utilisation d'un logiciel le permettant. Ainsi, il est possible de « réécrire » une histoire de l'identification, en lien avec ces procédés de reconnaissances. En effet, depuis 2008, la multiplication des obligations normatives à « démasquer son visage », provenant d'abord du pouvoir réglementaire¹⁴⁴⁹, puis œuvre du législateur¹⁴⁵⁰ confirmée par le Conseil constitutionnel¹⁴⁵¹ et la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁴⁵², peuvent s'interpréter comme la condition *sine qua non* à l'existence de ces traitements et permet de hâter le passage de la vidéosurveillance à la vidéoprotection.

545. D'ailleurs, si cette intuition est présente en doctrine¹⁴⁵³, l'absence de cet élément dans la justification du gouvernement dans sa défense devant la Cour de Strasbourg ou dans les motivations des arrêts, peut être interprétée comme un indice de plus puisque, face à l'évidence de cette idée, le Gouvernement et le législateur restent étonnamment muets. Dans les discours officiels, les interdictions de dissimuler le visage ne sont jamais mises en perspective avec le développement de la vidéoprotection. Ainsi, si O. CAYLA peut affirmer de manière très critique que : le législateur et le Conseil constitutionnel « *[ont préféré] l'hypocrisie d'une argumentation juridique factice, destinée à dissimuler — justement ! — la réalité d'une intention politique inavouable, ou au moins juridiquement incorrecte* »¹⁴⁵⁴, il est possible de constater qu'au sein de notre

¹⁴⁴⁹ Voir en ce sens le décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique

¹⁴⁵⁰ la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹⁴⁵¹ Cons. Constit., Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*

¹⁴⁵² CEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S c. France*, Requête n° 43835/11.

¹⁴⁵³ « *Les photos analysées, comparées aux fiches traitement des antécédents judiciaires (de façon très efficace paraît-il..), pourront en effet être obtenues à partir des visages filmés par une caméra de vidéo surveillance, ce qui est loin d'être anodin lorsque l'on sait à quelle vitesse - exponentielle - se développent ces systèmes de sécurité* » M. LENA, « Les attentes liées à l'entrée en vigueur du Traitement des antécédents judiciaires », *AJ Pénal*, 2013, p. 635.

¹⁴⁵⁴ O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1166.

objet cette intention n'est pas la « dignité », mais bien l'obligation d'être identifiable en permanence condition à l'effectivité des procédés de reconnaissance faciale.

546. Evolution de l'encadrement juridique. Désormais, obligé d'être dans la lumière, le visage de l'individu est enregistré constamment pour être comparé, si besoin est, avec les fichiers de police. Et face à ce panoptique¹⁴⁵⁵ moderne, il est possible de constater que, structurellement, les protections apportées aux citoyens reculent au profit d'une conception extensive de l'ordre public. En partant de la conciliation opérée par la loi de 1995¹⁴⁵⁶, cette dernière a été profondément déséquilibrée par les révisions successives, puisque l'ensemble des garanties pour les personnes a disparu. Effectivement, comme l'ont montré en 2006 F. Rolin et S. Slama¹⁴⁵⁷, l'évolution porte sur trois éléments.

547. Diminution des droits. Tout d'abord, si la loi de 1995 énumère limitativement¹⁴⁵⁸ et précisément les cas de recours à de tels systèmes, ces différentes hypothèses limitaient les lieux soumis à une telle protection eu égard au fait qu'ils étaient exposés à des risques spéciaux. La loi de 2006¹⁴⁵⁹, en y ajoutant la prévention du terrorisme, floute les critères objectifs qui étaient la limitation *ratione loci* des aires de vidéosurveillances aux endroits soumis à des pressions particulières, par exemple en matière « *d'agressions ou de vols* ». Au terme de cette évolution, il est possible de mettre en exergue une inversion, comme le notent certains auteurs « *on peut dire qu'aujourd'hui la surveillance est la règle et son*

¹⁴⁵⁵ Bien qu'apparaissant comme une figure architecturale dans les travaux de Bentham, il est possible de constater que ce sont principalement les travaux de M. FOUCAULT qui ont développé ce dernier en tant que concept explicatif des phénomènes de pouvoir et de surveillance. Voir notamment M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*. Gallimard, 1975, p. 318.

¹⁴⁵⁶ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

¹⁴⁵⁷ Rolin, F. & S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terrorisme », *AJDA*, 2006, p. 975.

¹⁴⁵⁸ Article 10 al 2 « *La transmission et l'enregistrement d'images prises sur la voie publique, par le moyen de la vidéosurveillance, peuvent être mis en œuvre par les autorités publiques compétentes aux fins d'assurer la protection des bâtiments et installations publics et de leurs abords, la sauvegarde des installations utiles à la défense nationale, la régulation du trafic routier, la constatation des infractions aux règles de la circulation ou la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens dans des lieux particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol. Il peut être également procédé à ces opérations dans des lieux et établissements ouverts au public particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol, aux fins d'y assurer la sécurité des personnes et des biens* »

¹⁴⁵⁹ Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

absence l'exception »¹⁴⁶⁰. Ensuite, vient la question de la possibilité matérielle face à une telle extension de l'obligation d'information du public. Bien que considérée par le Conseil constitutionnel comme « *une garantie légale nécessaire au respect des libertés publiques constitutionnellement garanties* »¹⁴⁶¹, la généralisation et la multiplication des caméras impliquent une information permanente et continue du citoyen. Enfin, toujours selon F. ROLIN et S. SLAMA, il existe une tentation permanente pour l'État d'étendre aux personnes privées des autorisations de mise en place un système de vidéosurveillance « *pour la protection des abords immédiats de leurs bâtiments et installations* », *c'est-à-dire sur la voie publique, alors que, jusqu'ici, cela était totalement interdit aux personnes privées.* »¹⁴⁶². Pourtant, ce n'est pas l'interprétation qui a prévalu quelques années plus tard au Conseil constitutionnel, car ce dernier a censuré l'article 18 de la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, au motif que ce dernier confiait à des personnes privées des missions de surveillance au-delà des abords immédiats¹⁴⁶³. Ce rappel du principe du monopole des personnes publiques pour la surveillance est d'autant plus important, qu'il permettra de circonscrire, le champ d'utilisation de la localisation¹⁴⁶⁴.

548. Reconnaissance faciale et jurisprudence. Enfin, indépendamment des limites organiques, si les jurisprudences du Conseil relatives à la vidéoprotection s'intéressent à la protection de la vie privée de la personne et à sa conciliation avec l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'ordre public¹⁴⁶⁵, ce dernier, n'a pas été saisi, en l'absence de loi sur ce traitement, de la question de la reconnaissance faciale. Concernant la question du respect de la vie privée par des systèmes vidéos face à leur examen par le Conseil constitutionnel, il convient tout d'abord de définir la vie privée vis-à-vis de sa jurisprudence, ainsi en 1994 les auteurs de la saisine considéraient que « *la vie privée qui*

¹⁴⁶⁰ F. ROLIN, & S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terrorisme », *AJDA*, 2006, p. 975.

¹⁴⁶¹ Cons. Constit., Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

¹⁴⁶²F. ROLIN, & S. SLAMA, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terrorisme », *AJDA*, 2006, p. 975.

¹⁴⁶³Cons. Constit., 2011-625 DC, 10 mars 2011,

¹⁴⁶⁴ Voir *supra* p. 500 et s.

¹⁴⁶⁵ Voir notamment : Cons. Constit., 94-352 DC, 18 janvier 1995 ; Cons. Constit., 2004-492 DC, 2 mars 2004, ; Cons. Constit. 2010-604 DC, 25 février 2010

impliquerait un droit à l'anonymat »¹⁴⁶⁶ sans pour autant que cet argument soit présent dans la motivation du Conseil. Quant aux normes de référence intégrant la vie privée dans le bloc de constitutionnalité, il est possible de constater que le rattachement a été évolutif. Tout d'abord a été considéré que « la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle »¹⁴⁶⁷. Cette conception de la vie privée impliquait que seul le juge judiciaire était compétent pour connaître de ces violations. Concernant les systèmes vidéos, ce n'est qu'en 2010 que le Conseil a détaché la vie privée de la liberté individuelle pour la rattacher à l'article 2 de la DDHC¹⁴⁶⁸, d'ailleurs aujourd'hui c'est cette vision, indépendante de toute détermination juridictionnelle qui perdure¹⁴⁶⁹. Pourtant, concernant la vie privée, le juge de la rue Montpensier n'a jamais utilisé directement la protection de la vie privée pour censurer des dispositions relatives au régime juridique de la vidéo. Tout au plus, pouvons-nous considérer la censure en 2011 d'une disposition qui prévoyait la possibilité de déléguer le contrôle et le visionnage des caméras à des personnes privées au motif est rattachable à une violation de la vie privée. Dans cette perspective le Conseil a considéré que cette disposition portait atteinte à « la garantie des droits »¹⁴⁷⁰, notion à laquelle peut se

¹⁴⁶⁶ Considérant 2

¹⁴⁶⁷ *idem*.

¹⁴⁶⁸ « 21. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration de 1789 : " Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression " ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée ; » Cons. Constit., Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

¹⁴⁶⁹ Cons. Constit., Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

¹⁴⁷⁰ « Considérant qu'en autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords « immédiats » de ses bâtiments et installations et en confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques, les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits » Cons. Constit., Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure Considérant 19.

raccrocher, dans une conception extensive assez éloignée de son appréhension classique¹⁴⁷¹, la vie privée.

549. Quant au Conseil d'État¹⁴⁷², saisi par la ligue des droits de l'Homme de la légalité du décret instaurant le TAJ, le juge du palais royal, au terme d'une jurisprudence désormais classique¹⁴⁷³, n'a pas considéré que l'enregistrement des photographies permettant la mise en place de procédés de reconnaissance faciale portait atteinte à la vie privée¹⁴⁷⁴. D'ailleurs, l'enjeu de cette saisine concernant ce décret n'était pas exactement là puisque le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur la Constitutionnalité¹⁴⁷⁵ de l'article 230-6 du Code de procédure pénale¹⁴⁷⁶ qui met en place le TAJ. Partant, le Conseil d'État se borne à rappeler, concernant la vie privée que « *la collecte, la*

¹⁴⁷¹ Il s'agit alors d'une dimension plus procédurale, comme en témoigne la rédaction de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen » *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

¹⁴⁷² CE, 11 avril 2014, *Ligue des droits de l'homme* n° 360759. E. Allain, « Le contrôle in abstracto du juge administratif, » *Actualité Juridique Droit Pénal (AJDP)*, Dalloz, vol. 4. pp. 145 – 145, 2014 M. Guyomar, » Le Conseil d'État admet la légalité du décret du 4 mai 2014 créant le fichier «traitement des antécédents judiciaires » ; Note sous Conseil d'État, dixième et neuvième sous-sections réunies, 11 avril 2014, *Ligue des droits de l'Homme*, requête numéro 360759, *La Gazette du Palais*, vol. 141, n°142. pp. 17 – 21, 2014.

¹⁴⁷³ CE, 7 mai 2012, *Gisti*, n° 351396

¹⁴⁷⁴ « *Considérant que la collecte, la conservation et la consultation de photographies, dans le respect des garanties prévues par la loi du 6 janvier 1978, justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur, ne portent pas, en elles-mêmes, une atteinte excessive à la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en outre, les modalités de recueil, de consultation et de traitement de ces données, dans les conditions définies par le décret attaqué, sont de nature à garantir l'efficacité de la constatation des infractions à la loi pénale, du rassemblement des preuves de ces infractions et de la recherche de leurs auteurs ; qu'il en résulte que la collecte des photographies numérisées des personnes mises en cause, ou faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes de la mort ou d'une disparition est, compte tenu des restrictions et précautions dont ce traitement est assorti, adéquate, pertinente et non excessive par rapport aux finalités légitimes du traitement institué par la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ;* »

¹⁴⁷⁵ Cons. Constit., Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

¹⁴⁷⁶ « *Afin de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs, les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale peuvent mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel recueillies : 1° Au cours des enquêtes préliminaires ou de flagrance ou des investigations exécutées sur commission rogatoire et concernant tout crime ou délit ainsi que les contraventions de la cinquième classe sanctionnant : a) Un trouble à la sécurité ou à la tranquillité publiques ; b) Une atteinte aux personnes, aux biens ou à l'autorité de l'Etat ; 2° Au cours des procédures de recherche des causes de la mort mentionnées à l'article 74 ou de recherche des causes d'une disparition mentionnées à l'article 74-1. Ces traitements ont également pour objet l'exploitation des informations recueillies à des fins de recherches statistiques.* »

conservation et la consultation de photographies [...] ne portent pas, en elles-mêmes, une atteinte excessive à la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales »¹⁴⁷⁷, sans pour autant tirer toutes les conséquences entraînées par le nouveau traitement qu'est la reconnaissance faciale. Comme la constatait par exemple la CNIL « *que cette fonctionnalité d'identification, voire de localisation, des personnes à partir de l'analyse biométrique de la morphologie de leur visage, présente des risques importants pour les libertés individuelles, notamment dans le contexte actuel de multiplication du nombre des systèmes de vidéoprotection* »¹⁴⁷⁸. De plus, le Conseil d'État a considéré que les durées d'enregistrements qui sont pour les personnes condamnées pour crime (40 ans) « supérieures aux délais de prescription de l'action publique » sont justifiées par la « finalité de police judiciaire du traitement ». Cette position logiquement insatisfaisante, se double d'un problème de conventionnalité. En effet, pour la Cour, la mémorisation, notamment des données biométriques¹⁴⁷⁹, est constitutive d'une atteinte, l'utilisation future des données important peu.

550. En outre et c'est là l'un des apports principaux de l'arrêt, voire « *un élément de consolidation juridique* »¹⁴⁸⁰, le Conseil d'État considère que « *les décisions prises en matière d'effacement ou de rectification prises par le procureur de la République ou par le magistrat [...] ont pour objet la tenue à jour de ce fichier et sont détachables d'une procédure judiciaire, constituant non pas des mesures d'administration judiciaire, mais des actes de gestion administrative du fichier ; qu'elles peuvent par suite faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif* ». Ainsi, si l'inscription au fichier reste un acte de police judiciaire effectué sous le contrôle de son juge, la suppression quant à elle est du domaine de compétence du juge administratif, qui à cet égard, rend une interprétation conforme aux dispositions conventionnelles et notamment à la jurisprudence de la CEDH. Dans son arrêt *Marper c. RU*, la Cour a considéré que

¹⁴⁷⁷ *Op. Cit.* Considérant 8.

¹⁴⁷⁸ CNIL, Délibération n° 2011-204 du 7 juillet 2011 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat relatif à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « traitement de procédures judiciaires » (TPJ) (demande d'avis n° 1484843)

¹⁴⁷⁹ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04

¹⁴⁸⁰ Gérald BEGRANGER, « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ Pénal*, n°4, 2014 p. 176.

concernant la suppression des données il était nécessaire pour l'État de mettre en place « *un contrôle indépendant de la justification de la conservation sur la base de critères précis* ». Or, il ressort de l'arrêt *Medvedyev et autres c/ France*¹⁴⁸¹ que le procureur de la République n'est pas considéré comme indépendant, impératif qui rendait d'autant plus nécessaire un contrôle juridictionnel.

551. Ainsi, si dans cet arrêt le Conseil d'État refuse de mettre en place une protection globale et audacieuse de la vie privée, il en crée en revanche les conditions contentieuses de protection. Et l'on assisterait ainsi à « *la négation d'un droit au respect de la vie privée (entendu ici comme droit universel), au profit d'une protection de la vie privée devenue juridictionnelle, c'est-à-dire examinée au cas par cas.* »¹⁴⁸². Et il est peut-être dommageable qu'à défaut d'une protection substantielle, le Conseil d'État a choisi le développement d'une protection, pour l'instant, purement procédurale, d'autant que comme il sera constaté, ces dispositifs portent en germes d'autres finalités que celle clairement mentionnées par la loi.

¹⁴⁸¹ CEDH, *Medvedyev et autres c/ France*, 29 mars 2010, n° 3394/03. H. MATSOPOULOU, « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, grande Chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev et a. contre France*, requête numéro 3394/03 », *La Gaz. du Palais*, vol. 115, n°117, 2010, pp. 15 – 22. J.-F. RENUCCI, « L'affaire *Medvedyev* devant la grande chambre : les “dits” et les “non-dits” d'un arrêt important », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 22, 2010, pp. 1386 – 1390. P. HENNION-JACQUET, « L'arrêt *Medvedyev* : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 22, 2010, pp. 1390 – 1394.

¹⁴⁸² M. Duranton et J.-P. Foegle, « Fichage partout, oubli nulle part ? Le Conseil d'Etat ouvre un boulevard au fichier “traitement des antécédents judiciaires” », in *Revue des droits de l'homme ADL*, 16 juillet 2014 (Lien : <http://revdh.revues.org/849>).

552. Il ressort des développements précédents que la question de l'identification du criminel est intimement liée à la mesure du corps. Pourtant la nature de ce lien a évolué, puisque ce sont les recherches sur l'essence criminelle de certains corps qui ont amené à développer les moyens de mesures et d'enregistrement utilisés dans les ancêtres de la biométrie. Concernant l'identification, les mesures corporelles ont très tôt servi à identifier les récidivistes et leurs évolutions ont permis d'étendre leur utilisation aux primo-délinquants. Dans les deux cas, l'état civil n'est plus le point de départ de la détermination de l'identité, au contraire il est désormais relégué au rôle de conclusion facultative. Aujourd'hui, cette logique se retrouve dans l'utilisation de données « traçantes » ou à trace artificielle au premier rang desquelles les données vidéo. Pour ces données, l'apparition, inimaginable il y a quelques années de traitement de reconnaissances faciales modifie l'utilisation de ces fichiers biométrique, puisque « la trace » n'est plus recherchée sur une scène de crime, mais enregistrée sur la voie publique. Cependant, il existe, aujourd'hui, un pan entier de l'identification judiciaire qui n'a pas encore été étudié : les empreintes génétiques. Ces données étant stockées au sein du Fichier national automatisé des empreintes génétiques. Et si le FAED et le FNAEG « *présentent de grandes similitudes* »¹⁴⁸³, la nature des données recueillie diverge.

¹⁴⁸³ CNIL, Délibération n° 2004-068 du 24 juin 2004 portant avis sur le projet de décret du ministre de l'intérieur modifiant le décret du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales (demande d'avis n° 104023)

Chapitre 2. L'identification par l'empreinte génétique

553. L'empreinte génétique¹⁴⁸⁴, donnée obscure par excellence, véhicule dans l'univers du droit quelques fantasmes. Si *de jure* sa force probante est similaire aux autres expertises¹⁴⁸⁵ et modes de constatation des preuves, *de facto* cette dernière présentée comme une révolution¹⁴⁸⁶ est en passe de devenir la preuve absolue¹⁴⁸⁷, permettant une identification désormais présentée comme systémique des délinquants. À l'enquête et à la culture de l'aveu ont été substituées l'expertise et la croyance¹⁴⁸⁸ en la science et en ses réalisations techniques. Et pourtant cette « aveugle confiance »¹⁴⁸⁹ dans les tests ADN, connaît des fondements scientifiques bien plus anciens, émanant notamment de la criminologie du XIXe siècle. En effet, aux termes mêmes de la « théorie du transfert » développée par E. LOCARD¹⁴⁹⁰, le criminel laisse sur la scène de crime des éléments qui permettront son identification (sang, cheveux, peau), désormais tous considérés, indépendamment de leurs qualités propres, comme porteur d'un élément hautement individualisant : l'empreinte génétique de la personne. Effectivement, tant les qualités

¹⁴⁸⁴ Par convention l'expression « empreinte génétique » désignera la représentation numérique des éléments non-codants présent dans l'acide désoxyribonucléique et utilisés dans l'identification judiciaire.

¹⁴⁸⁵ Cour de cassation, 1re civ, 12 juin 2001, n° 98-21.796 *Recueil Dalloz* 2001 p. 2089

¹⁴⁸⁶ « *Quelle est la fiabilité technique des empreintes génétiques ? En matière de biologie, il faut se préserver d'un absolutisme dangereux et s'entourer de toutes les précautions possibles. Même si les « empreintes génétiques » ont été présentées comme une technique révolutionnaire permettant d'apporter la « preuve » [...] il ne s'agit en fait que d'effets d'annonce et de publicité, par ailleurs dangereux tant pour les biologiques, les experts, les avocats et les magistrats* ». ROUGER, P., « Filiation et empreintes génétiques », *AJ Fam.*, 2003, p. 171.

¹⁴⁸⁷ Y. PADOVA, « A la recherche de la preuve absolue. Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes », *Archive de politique criminelle*, vol. 26, 2004, p. 71.

¹⁴⁸⁸ « *« la science est beaucoup plus proche du mythe qu'une philosophie scientifique n'est prête à l'admettre »* P. FEYERABEND, *Contre la méthode*, Points. 1993, p. 349.

¹⁴⁸⁹ Marot, P., « Fonction et mutation des fichiers de police (surveiller, enquêter et punir) », *AJ Pénal*, n°22, 2007, p. 61.

¹⁴⁹⁰ « *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, squames, terre, etc. Qu'ils soient de nature physique, chimique ou biologique, ces indices, une fois passés au crible d'examen de plus en plus sophistiqués, parlent et livrent le récit du crime avant de permettre au lecteur-enquêteur de déchiffrer la signature de l'auteur-coupable* » E. LOCARD cité par C. CABAL, Rapport sur les méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir de données biométriques et les techniques de mise en œuvre, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (n° 355, 2012-2013).

identificatrices de l'ADN que son omniprésence dans les éléments susceptibles de se détacher du corps font *a posteriori* de l'ADN l'élément le plus pertinent pour l'application de cette théorie. Comme le remarque R. VEDEL, « *Les principes fondateurs de la criminologie exposent que l'intensité de l'acte délinquant est telle qu'il est rare que l'auteur d'une infraction ne laisse aucune trace de son passage sur la scène de l'acte commis, ou bien qu'il n'emporte sur lui ou ses vêtements aucune trace du milieu ambiant.* »¹⁴⁹¹

554. Concernant l'identification génétique, trois écueils sont à éviter qui obèrent trop souvent toute réflexion. Tout d'abord, la correspondance entre deux empreintes génétiques n'identifie par le criminel, mais permet juste d'établir une correspondance d'un type particulier. Car, « *il est fondamental de remarquer que ce qu'établit une identification positive, c'est seulement la présence très probable d'une personne sur les lieux d'une infraction* »¹⁴⁹². Pour le dire autrement, elle n'identifie pas la personne en tant que criminelle, mais localise¹⁴⁹³ sa présence sur les lieux de l'action criminelle. Cependant, l'imputation du fait criminel à la personne présente sur les lieux ne doit être considérée que comme une présomption simple et non comme le résultat d'un lien de causalité.

555. Second écueil à éviter, matériellement, l'empreinte génétique n'est pas l'ADN comme support biologique¹⁴⁹⁴. Bien que le matériel biologique soit conservé, au service central de préservation des prélèvements biologiques¹⁴⁹⁵, nous ne nous focaliserons pas sur cette biobanque mais sur la représentation numérique que constitue l'empreinte génétique. D'ailleurs, cette représentation n'est pas totale, mais partielle, en effet,

¹⁴⁹¹ R. VEDEL, « Le rôle des fichiers dans l'action opérationnelle des services de sécurité intérieure », *AJ Pénal*, 2007, p. 64.

¹⁴⁹² A. GIUDICELLI, « Sur la distinction du prélèvement et de l'analyse concernant les empreintes génétiques (Cass. crim., 30 avr. 1998) », *RSC*, 2001, p. 667.

¹⁴⁹³ Concernant la systématisation de cette localisation voir *supra*. p. 500 et s.

¹⁴⁹⁴ Concernant les prélèvements biologiques ayant permis la prise d'empreinte, ils peuvent être conservés au Service central de préservation des prélèvements biologiques, dans, aux termes décret n° 2004-470 du 25 mai 2004, trois hypothèses : traces biologiques non identifiées prélevées sur les scènes des crimes et délits ; échantillons biologiques prélevés sur des cadavres non identifiés ; échantillons biologiques issus ou susceptibles d'être issus des personnes disparues.

¹⁴⁹⁵ Voir notamment, Décret n°2000-413 du 18 mai 2000 modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie . Décrets en Conseil d'Etat) et relatif au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques.

l’empreinte génétique n’est pas constituée par le séquençage¹⁴⁹⁶ de l’ensemble de l’ADN de la personne¹⁴⁹⁷ puisque ne sont comparées et conservées pour procéder à une identification judiciaire que les représentations d’un certain nombre de segments du génome qui ont la particularité d’être considérés comme non-codants¹⁴⁹⁸. Ces derniers sont considérés comme des parties du génome qui ne s’expriment pas dans les caractéristiques morphologiques de la personne. Pourtant, l’absence de preuve n’est pas preuve de l’absence et il est possible de considérer que si « *en l’état actuel des sciences et des techniques* », la fonction de ces segments est inconnue ; à n’en pas douter, ils en possèdent une qui sera découverte. Cette évolution rendra alors la légalité de ces prélèvements douteuse. D’autant plus qu’au sein du système français de fichage, ces informations sont enregistrées pour une durée comprise entre 25 ans pour les mis en cause et 40 ans pour les criminels condamnés, c’est-à-dire sur un temps très long, supérieur au délai de prescription et qui ne permet pas d’imaginer ou d’anticiper les évolutions techniques¹⁴⁹⁹. En outre, la multiplication des segments enregistrés, augmente par autant les chances de découvertes de fonctions à ces segments aujourd’hui « non-codants ». En effet, concernant leur fichage, le nombre de segments enregistrés fut d’abord de sept¹⁵⁰⁰, puis de douze¹⁵⁰¹ pour être aujourd’hui compris entre seize et dix-neuf¹⁵⁰² pour le Fichier national des empreintes génétiques¹⁵⁰³. Cependant, même en l’absence de fonction

¹⁴⁹⁶ Par séquençage, nous entendons la traduction des séquences biologiques en code, fondée sur les 4 nucléotides et prenant la forme d’un marquage ACGT.

¹⁴⁹⁷ En effet, le premier séquençage complet du génome d’un individu, en l’occurrence l’un des codécouvreurs de la structure de l’ADN James Watson ne date que de Mai 2007. Même si le premier séquençage anonyme (puisque provenant de plusieurs sources) date de 2004. J. C. VENTER, M. D. ADAMS, & E. W. MYERS, « The Sequence of the Human Genome », *Science*, vol. 291, 2001, pp. 1304–1351. M. Hattori, « Finishing the euchromatic sequence of the human genome », *Nature*, vol. 50, 2005, pp. 162–168.

¹⁴⁹⁸ Article 706-54 du code de Procédure pénale » [...] Les empreintes génétiques conservées dans ce fichier ne peuvent être réalisées qu’à partir de segments d’acide désoxyribonucléique non-codants, à l’exception du segment correspondant au marqueur du sexe. »

¹⁴⁹⁹ D’ailleurs, il s’agit là de la principale motivation à la mise en place du Service central de préservation des prélèvements biologiques, qui en stockant l’ensemble des prélèvements biologiques doit permettre d’en extraire à nouveau des empreintes génétiques.

¹⁵⁰⁰ Arrêté 2000-05-18 art. 1 JORF 19 mai 2000

¹⁵⁰¹ Arrêté 2002-02-14 art. 1 II JORF 6 mars 2002

¹⁵⁰² Article A 38 du code de procédure pénale

¹⁵⁰³ La très grande disparité dans le nombre de locus enregistré, semble indiquer que ce nombre était précédemment insuffisant. Dès lors, la question de la fiabilité de ces tests se pose avec acuité, ou a minima l’impossibilité de considérer les premiers tests comme aussi probants que leurs dernières versions. Ainsi, il conviendrait de parler de fichages génétiques, considération pour le moment absente chez le législateur.

clairement identifiée attribuable à ces segments non-codants, l'absence d'enregistrement de l'intégralité du génome ne protège pas l'individu et sa vie privée, tout d'abord, car les scellés, c'est-à-dire les éléments biologiques¹⁵⁰⁴, sont aussi conservés au sein du Service central de Préservation des Prélèvements Biologiques¹⁵⁰⁵. Et bien que l'interconnexion du FNAEG avec un autre fichier soit par principe interdite¹⁵⁰⁶, la conservation de l'échantillon biologique pourrait permettre un nouveau fichage d'éléments codants.

556. Pourtant, ce fichage complet de l'ensemble du génome n'est pas nécessaire, en matière d'identification puisque, il s'agit là d'exemples volontairement extrêmes, l'homme possède 10 % d'ADN en commun avec la levure et environ 98 % avec un chimpanzé. Ainsi, il faut distinguer l'analyse contemporaine opérée par le législateur¹⁵⁰⁷ et validée par le juge constitutionnel¹⁵⁰⁸ de ses évolutions futures. Le jurislature raisonnant uniquement au regard des données scientifiques existantes n'introduit pas dans sa conciliation des éléments hypothétiques et incertains. Cette conception est pourtant à l'œuvre dans la conception philosophique du principe de précaution, alors même que sa transformation en principe juridique, notamment dans la charte de l'environnement¹⁵⁰⁹, a

¹⁵⁰⁴ « Sur décision du procureur de la République ou, en cours d'information, du juge d'instruction, les scellés contenant des échantillons de matériel biologique saisis dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une enquête pour crime ou délit flagrant, ou d'une instruction préparatoire suivie pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 et ayant fait l'objet d'un conditionnement normalisé, sont conservés, jusqu'à l'expiration des délais prévus par l'article R. 53-14, par le service central de préservation des prélèvements biologiques de l'institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale ». Article R 53-14 du code de procédure pénale.

¹⁵⁰⁵ Arrêté du 13 septembre 2002 portant création d'un traitement automatisé d'informations nominatives relatif à la gestion des prélèvements biologiques par le service central de préservation des prélèvements biologiques

¹⁵⁰⁶ Cette interdiction de rang législatif, connaît cependant une importante exception, au travers des interconnexions prévues dans les traités internationaux, comme ca a été notamment le cas pour le traité de Prüm. Voir notamment : le traité de Prüm du 27 mai 2005, entre Le Royaume De Belgique, La République Fédérale D'Allemagne, Le Royaume D'Espagne, La République Française, Le Grand-Duché De Luxembourg, Le Royaume Des Pays-Bas Et La République D'autriche *relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégal.*

¹⁵⁰⁷ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs ; Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne ; Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure ; LOI n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale ;

¹⁵⁰⁸ Cons. Constit., Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques ; Cons. Constit., Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure*

¹⁵⁰⁹ « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de

profondément appauvri son champ d'action, désormais limité à l'environnement, ainsi que son objet : uniquement les dommages matériels. Pourtant, il est possible d'affirmer que la question du décryptage des prédispositions génétiques par les services de police est sans fondement puisque, par définition, ces séquences-là sont en l'état actuel des sciences et des techniques exclues du fichage.

557. Dernier écueil, se cantonner à la description brute des vérités juridiques, sans pour autant interroger les hypothèses scientifiques qui leur servent de fondement. Ainsi, comme il en a déjà été précédemment question, le caractère hérité de l'empreinte génétique, permet soit de remonter à des « ancêtres » communs, soit en descendant, de mettre en lumière des « secrets de famille », alors même que ces externalités ne sont que rarement expressément visées par les textes juridiques encadrant les expertises génétiques. Ainsi, en est-il de l'encadrement juridique d'une version très édulcorée de la génétique des populations, notamment à travers le fichage des ascendants et descendants des personnes disparues¹⁵¹⁰ tel qu'il est prévu dans le FNAEG depuis 2011¹⁵¹¹ sans que pour autant le législateur tire toutes les conséquences du caractère fortement héréditaire des empreintes génétiques. Pourtant, l'accès à ces hypothèses scientifiques par le biais du droit n'est pas chose aisée et peut être même souhaité dans la mesure où la preuve scientifique comme le remarque G. DEHARO est considérée comme « *la preuve absolue qui permet d'écartier tous risques d'arbitraire et de lever tous les soupçons de partialité. Du haut de ce piédestal, la science déstabilise les autres modes de preuve* »¹⁵¹², voire les autres règles de droit. D'ailleurs, la croyance en la supériorité de l'ADN, comme résultant d'un progrès qui n'est ni interrogé ni circonstancié, se retrouve dans l'absence d'indication sur la génération de tests utilisée pour extraire l'empreinte génétique. En effet, si des questions de coûts ou de rapidité ont pu hâter le développement de nouveaux tests, la mention de l'amélioration de la fiabilité de ces derniers peut sembler étrange, puisque *a contrario* cela signifie que les tests précédents connaissaient une fiabilité

procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ». Article 5 de la Charte de l'environnement.

¹⁵¹⁰ Article 706-54 du code de procédure pénale » [...] Les empreintes génétiques des ascendants, descendants et collatéraux des personnes dont l'identification est recherchée ne peuvent être conservées dans le fichier que sous réserve du consentement éclairé, exprès et écrit des intéressés. »

¹⁵¹¹ Article 9 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

¹⁵¹² G. DEHARO, « la science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle ? », *Journal International de Bioéthique*, n°17, 2006. p. 37.

limitée. D'ailleurs, en suivant cette logique, certaines empreintes devraient, ne suivant cette logique, être considérées comme obsolètes avant la fin de leurs délais de conservation. Partant, le fichier devrait ainsi être mis à jour, voire remis à zéro à chaque utilisation d'une technique nouvelle d'échantillonnage ou d'identification génétique.

558. Mais, au-delà de ces écueils inhérents à toute utilisation de procédés scientifiques par le droit et consubstantiels à la transformation d'hypothèses scientifiques en vérités juridiques, il est possible de s'intéresser à la construction en droit français d'un fichage des empreintes génétiques des criminels tout d'abord pour certains criminels condamnés pour aboutir au fichage des personnes mises en cause dans la majorité des crimes et délits. Et par le biais de l'étude du FNAEG, non tel qu'il est aujourd'hui prévu dans le droit positif, mais d'un point de vue généalogique au travers de ses différentes évolutions, afin d'en extraire les grandes perspectives, singulariser les grandes évolutions et lignes de force qui ont conduit à la dernière mouture du FNAEG ?

559. Étonnamment, la découverte de la fonction a été antérieure à la découverte de son support. En effet, postérieur à la découverte des lois de l'hérédité, la découverte de l'ADN et de sa structure ne laissait pas entrevoir en 1961 ses applications en matière de police et d'identification des criminels. La première identification est Anglaise, notamment grâce aux travaux menés sous l'égide de Sir ALEC JEFFREY qui en 1986 identifia un violeur à partir de ses empreintes génétiques à propos d'un procès pénal, suivie par la première mise en base de données en 1995 des empreintes génétiques. Et ce n'est que trois ans plus tard, en 1998 que la France se dotera d'un Fichier centralisé, dans le but d'identifier les récidivistes et ultérieurement les primo délinquants. Car de même que pour l'empreinte digitale, l'empreinte génétique permet aussi de recueillir des éléments durant l'enquête qui peuvent être comparés avec « les mesures » du suspect.

560. Toutefois, la loi de 1998¹⁵¹³ qui institue par son article 26 le fichier national automatisé des empreintes génétiques n'est pas le résultat d'une génération spontanée, mais au contraire d'une double évolution tant juridique que pratique, qui a conduit à la création de ce fichier. Cette évolution est double, car résultant tant de la norme que de la pratique. Effectivement, juridiquement, elle résulte tant de déclaration ou d'avis qui ont

¹⁵¹³ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

familiarisé le législateur avec ces techniques tout en les encadrant juridiquement, que de la pratique alors audacieuse de certains juges d’instruction.

561. Ainsi, il est possible de considérer la loi de 1998¹⁵¹⁴ comme le point de rupture dans l’encadrement juridique des empreintes génétiques, précédemment largement assimilées aux tests génétiques¹⁵¹⁵ et limitées par des principes généraux notamment en matière de bioéthique (Section 1), désormais expressément autorisés et spécifiquement encadrés (section 2).

¹⁵¹⁴ loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu’à la protection des mineurs

¹⁵¹⁵ Bien que la distinction entre tests et identification génétique a été posée au sein du code civil dès 1994, il faut constater qu’avant l’intervention du législateur en 1998, cette dernière n’emportait que peu de conséquences, en l’absence, pour notre objet, d’un fichier centralisé d’identification judiciaire.

Section 1. Une mise en place progressive (ante 1998)

562. Tout d'abord, il est possible de considérer que, comme toute utilisation pratique d'une connaissance scientifique, l'empreinte génétique en droit français est insérée dans un paradigme au sens de T. KUHN¹⁵¹⁶. Ce dernier, en délimitant les conditions de vérité du discours scientifique, a servi de cadre à son utilisation par le droit positif. En effet, la loi de 1998¹⁵¹⁷ qui crée le Fichier National des Empreintes génétiques, n'est pas apparue *ex nihilo*, mais s'est basée sur un certain nombre de postulats, attendant notamment à l'unicité de l'ADN chez l'individu et au caractère singulier de l'empreinte dans l'ensemble de la population¹⁵¹⁸. Dès lors, l'apparition de l'identification génétique judiciaire en France peut être interprétée comme la résultante d'une construction progressive. Il est possible de retracer cette histoire de l'utilisation du génome dans le droit positif, non pas dans une perspective strictement historique, mais généalogique, dans la mesure où cette recherche peut éclairer le droit positif contemporain en révélant ses évolutions et ses lignes de tension.

563. Bien avant le fichage de l'empreinte génétique des personnes physiques à des fins identificatoires, la prise en compte du génome humain par le droit a, après la Seconde Guerre mondiale, servi un but : la notion d'unité de la race humaine notamment dans les discours politiques et la pénalisation des condamnations attendantes. Et ce n'est que plus tardivement, les progrès de la science et de la technique aidant que la question de l'individualisation de ce génome s'est posée et s'est traduite juridiquement par une interdiction de principe, assortie de dérogations contenues majoritairement dans l'article 16-11¹⁵¹⁹ du Code civil. Cette évolution a aussi porté sur la fonction rendant

¹⁵¹⁶ T. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*. 1983, p. 284.

¹⁵¹⁷ loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

¹⁵¹⁸ Et cette croyance en l'existence d'une seule empreinte génétique dans l'ensemble de la population, n'est en réalité basée que sur une analyse statistique. Qui a été fortement remise en cause ces dernières années notamment vis-à-vis de l'échantillon de référence. Voir notamment : A. ANDREOLI, *L'histoire controversée du test ADN : Entre crimes, mystères et batailles légales*. Belin, p. 256. N. TALEB, *Le cygne noir : la puissance de l'imprévisible*, Les belles lettres, 2010, p. 496.

¹⁵¹⁹ « L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que : 1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ; 2° A des fins médicales ou de recherche scientifique ; 3° Aux fins d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées [...] »

nécessaire la prise en compte juridique du génome. Précédemment, utilisé pour singulariser une incrimination et dès 1998 mobilisée comme moyen de preuve visant à imputer une infraction à une personne physique déterminée.

564. De sa découverte à son utilisation pour identifier des individus, il est possible de diviser l'histoire de l'empreinte génétique dans le droit français en deux tropes. Tout d'abord, comme il a été précisé, avant même son individualisation, son utilisation juridique visait à « unifier » l'espèce humaine au sein d'un discours « politique » et juridiquement faiblement contraignant (A) et ce n'est que postérieurement que ses propriétés identificatoires furent progressivement utilisées (B).

Paragraphe 1. Les premières utilisations de la génétique

Si l'utilisation de l'hérédité pour tenter de justifier le racisme est présente dans certaines idéologies scientistes du début du XXe siècle¹⁵²⁰, la découverte plus tardive de son support, c'est-à-dire du génome, a au contraire été utilisée comme preuve de l'inexistence des races¹⁵²¹. Pourtant, concernant la prise en compte du génome par le droit français, historiquement précisé de manière marginale à la loi, notamment par le biais du droit international (A), il a fallu attendre les grandes lois bioéthiques de 1994, pour voir le législateur se saisir pleinement de l'objet « génome » et de ses conséquences juridiques (B).

A. Le droit international à l'avant-garde de l'encadrement de la génétique

565. La déclaration d'experts sur les questions de race du 20 juillet 1950 prise sous l'égide de l'UNESCO est un des premiers textes émanant d'une organisation internationale à avoir pour objet le génome. Avec une faible portée juridique, ce texte d'experts¹⁵²² clarifie au regard des connaissances de l'époque le concept de race en

¹⁵²⁰ Si la littérature raciste utilisant des explications scientistes foisonne au début du siècle, il est possible de constater que deux auteurs ont eu en France une influence structurante : Gobineau et Georges Vacher de Lapouge. Voir notamment J. A. GOBINEAU, *Essai sur l'inégalité des races humaines, Volume*. Librairie de Firmin Didot, 1853. Et G. V. DE LAPOUGE, *L'Aryen: Son rôle social*. Thorin, 1899. Disponible en ligne.

¹⁵²¹ Cf. *infra*. p. 185 et s.

¹⁵²² En effet, ce texte est porté par des scientifiques du monde entier. A titre d'illustration, le signataire pour la France est CLAUDE LEVIS-STRAUSS.

considérant que « *biologiquement parlant, [...] se définir comme un groupe parmi ceux qui constituent l'espèce Homo sapiens. Ces groupes sont susceptibles de croisements les uns avec les autres. Mais, du fait des barrières qui les ont plus ou moins isolés dans le passé, ils offrent certaines différences physiques résultant des particularités de leur histoire biologique. Ils représentent les variations d'un même thème.* »¹⁵²³ Ce texte novateur en 1950 n'est pas prescriptif et se contente d'exprimer l'état du consensus scientifique de l'époque, sans jamais se positionner sur « l'inégalité » fantasmée entre la race ou sur l'usage politique du mot race. Tout au plus, ce texte propose-t-il le remplacement du mot race par « groupe ethnique »¹⁵²⁴ puisque le précédent terme fut axiologiquement marqué par son utilisation pendant la Seconde Guerre mondiale. Effectivement, le terme de race ne recouvrait plus alors son sens premier, c'est-à-dire scientifique, mais bien son exploitation politique qui a atteint son apogée, en Allemagne durant le III Reich¹⁵²⁵. En outre, en 1950, la perspective individualisatrice des empreintes génétiques n'existe pas encore scientifiquement, l'hérédité n'est mobilisée qu'en ce qu'elle permet d'identifier un groupe et non une personne. Cette absence s'explique par le manque d'information sur la structure de l'ADN¹⁵²⁶ au moment de la rédaction, rien en 1950 ne permettant d'affirmer que l'empreinte génétique est unique chez les individus, condition *sine qua non* de l'identification qui alors n'est saisie que par ses effets et notamment l'hérédité. Et loin d'être marginale, cette tendance holiste de l'hérédité se retrouve dans les premières conceptions juridiques de cet objet.

566. En effet, la déclaration sur la race et les préjugés raciaux du 27 novembre 1978 — tout comme la précédente déclaration — considère l'hérédité dans le prisme du groupe et non de l'individu. En revanche, elle ne se limite pas à un simple constat de l'état des connaissances scientifiques sur la race mais, au contraire, se montre tant axiologiquement

¹⁵²³ Point 3 de la déclaration.

¹⁵²⁴ Point 6 » *...les graves erreurs entraînées par l'emploi du mot "race" dans le langage courant rendent souhaitable qu'on renonce complètement à ce terme lorsqu'on l'applique à l'espèce humaine et qu'on adopte l'expression de « groupes ethniques ».*

¹⁵²⁵ Sur l'évolution du sens des mots, nous nous référerons à l'ouvrage de Victor Klemperer et notamment au chapitre 25.

¹⁵²⁶ En effet, la découverte de la structure de l'ADN aura lieu plus d'une décennie plus tard. Voir notamment J. D. Watson & F. H. Crick, « Molecular structure of nucleic acids: a structure for deoxyribose nucleic acid. J.D. Watson & F.H.C. Crick. Published in Nature, number 4356 April 25, 1953. », *Nature*, vol. 248, n°5451, 1974, p. 765.

qu'impérativement plus diserte¹⁵²⁷. D'un point de vue axiologique, la rigueur scientifique de la précédente déclaration a laissé place à une condamnation non plus uniquement scientifique mais comme une valeur contraire à celle promue par le racisme¹⁵²⁸. Au-delà de cette condamnation du racisme comme idéologie, la déclaration va plus loin en condamnant aussi les comportements étatiques pouvant relever de cette idéologie¹⁵²⁹. De l'inexistence scientifique du concept de « race », la déclaration de 1978 déduit un certain nombre de choix idéologiques qui, outre la condamnation du racisme, portent sur la répression de ses effets.

567. Quant au droit interne français, c'est durant le régime de Vichy que le concept de race s'est trouvé utilisé pour fonder une politique. En effet, comme il a été question précédemment, le premier¹⁵³⁰ et le second¹⁵³¹ statut des juifs avaient recours au concept de « race juive »¹⁵³² pour fonder un régime juridique dérogatoire et discriminant. Après le rétablissement de la légalité républicaine, le droit français continue à connaître le concept pour des finalités différentes : soit pour interdire son utilisation par l'État¹⁵³³, soit dans les discours des particuliers¹⁵³⁴. Ces occurrences du concept, visent moins les races comme résultantes (fantasmées) de l'hérédité que l'utilisation politique qui peut en être

¹⁵²⁷ A. PICHOT, *La société pure: de Darwin à Hitler*. Flammarion, 2000, p. 458.

¹⁵²⁸ Article 2 al 1 » *Toute théorie faisant état de la supériorité ou de l'infériorité intrinsèque de groupes raciaux ou ethniques qui donnerait aux uns le droit de dominer ou d'éliminer les autres, inférieurs présumés, ou fondant des jugements de valeur sur une différence raciale, est sans fondement scientifique et contraire aux principes moraux et éthiques de l'humanité* ».

¹⁵²⁹ Article 3 » 1. *Est incompatible avec les exigences d'un ordre international juste et garantissant le respect des droits de l'homme toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale ou sur l'intolérance religieuse motivée par des considérations racistes, qui détruit ou compromet l'égalité souveraine des États et le droit des peuples à l'autodétermination ou qui limite d'une manière arbitraire ou discriminatoire le droit au développement intégral de tout être et groupe humains; ce droit implique un accès en pleine égalité aux moyens de progrès et d'épanouissement collectif et individuel dans un climat qui respecte les valeurs de civilisation et les cultures nationales et universelles. communication entre eux, fondée sur des considérations raciales ou ethniques, est contraire au principe d'égalité en dignité et en droits; elle est inadmissible. 2. Une des violations les plus graves de ce principe est constituée par l'apartheid qui, comme le génocide, est un crime contre l'humanité et qui trouble gravement la paix et la sécurité internationales. 3. D'autres politiques et pratiques de ségrégation et de discrimination raciales constituent des crimes contre la conscience et la dignité de l'humanité et peuvent entraîner des tensions politiques et troubler gravement la paix et la sécurité internationales.* »

¹⁵³⁰ En date du 3 octobre 1940.

¹⁵³¹ En date du 2 juin 1941.

¹⁵³² Voir *infra*

¹⁵³³ Article 1 de la constitution du 4 octobre 1958.

¹⁵³⁴ loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 *relative à la lutte contre le racisme* qui crée le délit d'incitation à la haine raciale.

faite, le droit français restant avant 1993 hermétique aux considérations biologiques et génétiques vis-à-vis du concept de « race ».

568. Néanmoins, il ressort de cette histoire sommaire et caricaturale de l'hérédité que la question de l'identification de la personne et non du groupe, n'a pas été soulevée avant les années 1980 puisque masquée par la question de l'utilisation politique de l'hérédité pour fonder le racisme. Et ce sont les perspectives offertes par les progrès de la science qui « obligeront » le législateur à s'interroger sur les conséquences du génome, non plus dans une perspective holiste, mais au contraire vis-à-vis de l'individualisation de la personne physique, enjeu de la biométrie. Cette évolution s'est traduite par un déplacement des enjeux justifiant un encadrement législatif. En effet, précédemment tourné autour de la condamnation du racisme, l'encadrement juridique du génome au début des années 1990, s'est tourné vers la bioéthique, c'est-à-dire vers un encadrement des possibilités de modifications ou d'études de ce dernier.

B. L'émergence d'un droit national : les lois bioéthiques

569. Résultant de la contraction de deux termes Grecs *bio*, la vie et *éthique*, « science morale », la spécificité de la bioéthique ne peut, pourtant, être réduite, à son étymologie. Non réductible à la déontologie qui peut aujourd'hui être considérée comme sa traduction pratique, la bioéthique n'est actuellement ni une science ni une partie de l'éthique, elle est une réponse pour partie juridique « *aux perspectives frankensteinianes de la biologie contemporaine* »¹⁵³⁵. Comme le remarquait, en 1994, le Professeur THOUVENIN « *en cette fin de XXe siècle, la communauté médicale est confrontée à une multitude de problèmes liés aux possibilités toujours plus grandes d'intervenir sur le corps humain, problèmes qu'elle a tenté de résoudre en se référant à des règles éthiques* »¹⁵³⁶ et c'est ainsi que la bioéthique est apparue dans le débat public français, après des assises nationales de la recherche qui ont conduit, en 1982 à la création du Comité consultatif national d'éthique¹⁵³⁷. Pourtant, la bioéthique, néologisme formé par J. R POTTER, ne

¹⁵³⁵ O. CAYLA, « Bioéthique ou Biodroit ? ». *Droits*, 1991, p. 3.

¹⁵³⁶ D. THOUVENIN, « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD Civ*, n°4, 1994, p. 717.

¹⁵³⁷ Décret n°83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

possède pas encore de définition unanimement admise. Malgré cette absence de signification précise, elle a fait l'objet de conventions internationales¹⁵³⁸ et fait son entrée dans le droit français, expressément¹⁵³⁹, en 1993. La question de l'opportunité de ces textes a traduit au moment de leur adoption un débat tripartite synthétisé par A. M. LE POURHIET¹⁵⁴⁰ : entre les partisans de faire la loi, de faire faire des normes par d'autres que le législateur, ou de laisser faire la pratique.

570. Les partisans de l'intervention du législateur dans ce domaine faisaient prévaloir deux arguments. Tout d'abord, une interprétation littérale de l'article 34 de la Constitution, aux termes duquel les règles relatives tant aux « *droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » qu'aux « *crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* ». Partant, il s'agissait clairement d'une compétence législative qu'il ne pouvait déléguer à un comité ou à des experts sans encourir une censure pour incompétence négative. Comme le remarquait GUY BRAIBANT « *Chacun peut apporter ses réponses philosophiques ; mais la société doit formuler des réponses juridiques, conformes à l'État de droit et selon des procédés démocratiques* »¹⁵⁴¹.

571. Quant aux défenseurs du « faire-faire », cette position était motivée par la précision et la complexité de ce domaine. Face à cela, et cerner au plus juste les pratiques, il convenait de faire fi du caractère général et impersonnel des normes, pour se focaliser sur l'application « au cas d'espèce », soit grâce au travail du juge, soit en favorisant le travail des comités et des experts. Concernant la jurisprudence, un cas à montrer les limites du juge vis-à-vis de la complexité de la biologie et de ses conséquences. Dans le cas d'une insémination artificielle avec le sperme d'un donneur, les tribunaux civils ont accepté avant 1994 les actions en contestation de paternité¹⁵⁴², alors même que, dans le même temps, l'identité du père biologique était tenue secrète aux termes de la loi. Face à

¹⁵³⁸ Convention D'oviedo et déclaration de l'UNESCO

¹⁵³⁹ Même en l'absence de mention, voire avant la création du néologisme la bioéthique était substantiellement présente dans les lois. En effet, la loi de 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse pose déjà une réponse à une question d'éthique du vivant.

¹⁵⁴⁰ A.-M., LE POURHIET, « À propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce-Pilate », *Pouvoirs*, 1991, n°59

¹⁵⁴¹ G. BRAIBANT, « Pour une grande loi », *Pouvoirs*, 1991, n°56, p. 109

¹⁵⁴² Article 332 du code civil.

cette situation, l'application des procédures « classiques » du droit civil aux avancées permises par la science avait pour conséquence de priver l'enfant d'un lien de paternité. Ainsi, l'inadéquation entre les procédures juridiques et les perspectives de la science contemporaine rendait nécessaire le passage du législateur, pour fixer un cadre juridique en adéquation avec ce nouvel objet que représentait la bioéthique. Quant aux tenants de la compétence de l'expert ou du comité pour fixer un cadre normatif, il est possible de constater que le CCNE lui-même a plusieurs fois lancé des appels aux législateurs pour qu'il vienne préciser le cadre juridique afin de passer de « l'éthique au droit »¹⁵⁴³.

572. Quant aux partisans¹⁵⁴⁴ de « laisser-faire », deux arguments viennent à l'appui de cette position. Tout d'abord, l'absence de consensus dans l'opinion publique qui justifierait un temps d'attente dans la réaction juridique. Cette vision totalement passive du droit, chambre d'enregistrement des modes, va à l'encontre de la philosophie globale de notre système politique. Effectivement, l'interdiction des mandats impératifs, la nature représentative de notre système, le bicaméralisme et même la supériorité de la constitution sur les lois, implique une mise à distance du peuple de la création des normes. Partant, le législateur, surtout dans des matières aussi sensibles, où les « intérêts » sont contradictoires et parfois même inconnus, ne peut pas tout simplement attendre avant de voir se figer un consensus. Deuxième argument, la responsabilité des utilisateurs et des praticiens qui n'utiliseraient qu'à bon escient les nouvelles techniques. Cette croyance en la capacité des acteurs à s'autoréguler bute sur un problème majeur, rendant nécessaire l'existence d'un encadrement : il suffit d'un seul acteur corrompu pour faire s'effondrer l'autorégulation.

573. Ce débat, entre tenants du faire du « faire-faire » et du « laisser-faire » a débouché en 1993 sur les grandes lois bioéthiques¹⁵⁴⁵, qui ont été colorées d'un certain optimisme intimement lié aux notions d'évolution et de progrès puisque le but de « ce

¹⁵⁴³CE, *De l'éthique au droit*, rapport du Conseil d'Etat, La Documentation française, 1988.

¹⁵⁴⁴ M. FLIS-TREVES, D. MEHL, E. PISIER, « Contre l'acharnement législatif », *Pouvoirs* n°56 – *Bioéthique*, janvier 1991, p.121-134.

¹⁵⁴⁵ Sous cette appellation ce sont pas moins de 3 lois qui sont désignées : la loi n° 94-548 du 1er juillet 1994 relative au traitement des données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la *Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.*, relative au respect du corps humain, la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain*, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

texte [était de combler] les lacunes de notre législation dues aux progrès de la science... »¹⁵⁴⁶. Pourtant, au-delà de la croyance aux bienfaits de la modernité qui irrigue ces lois, la conception développée par le législateur de la bioéthique et du génome est singulière tant substantiellement que matériellement.

574. Substantiellement, en créant un régime juridique *ad hoc*, pour des hypothèses alors impossibles matériellement en France, ces lois ont profondément modifié l’appréhension du génome en droit français. Plus généralement, c’est conscient des limites des connaissances scientifiques au moment de l’élaboration de sa loi que le législateur a orienté ses travaux. En effet, en mettant en place une clause de « rendez-vous »¹⁵⁴⁷, validée par le Conseil constitutionnel, le législateur prend en compte, pour la première fois, les limites du savoir scientifique et technique¹⁵⁴⁸. Pourtant, cette clause a été interprétée par certains auteurs¹⁵⁴⁹, comme une preuve de la retenue du législateur, voire comme une stratégie pour permettre l’autorisation dans le futur de pratiques aujourd’hui interdites. En parallèle, certains auteurs ont pu critiquer le peu d’ambition de cette loi, notamment dans son appréhension de l’embryon, sans qu’aucun ne condamne par principe l’utilisation ou les études sur les gènes dont le développement à grande échelle et l’automatisation sont alors considérés, au début des années 1990, comme relevant de la science-fiction puisqu’en autorisant par exception les examens génétiques¹⁵⁵⁰ et en encadrant très fortement les possibilités d’identification génétique¹⁵⁵¹, ces lois ont posé un cadre juridique précis, qui a permis une meilleure appréhension des enjeux.

¹⁵⁴⁶ M. Méhaignerie, Cte rendu anal. Sénat n°66, 20 janvier 1994, col. 92 ; J.O. Sénat, 21 janvier 1994, Le débat est présenté, J.O. Ass. Nat., 20 avril 1994, 921 et s. puis J.O. Sénat, 18 mai 1994 et s. Cité par G. Memeteau, « A l’abordage (de l’article 16.3 du code civil) », *Les Petites Affiches*, vol. 149, n°7, 1994, pp. 1–11.

¹⁵⁴⁷ Article 21 de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal (1) « La présente loi fera l’objet, après évaluation de son application par l’Office parlementaire d’évaluation des choix scientifiques et technologiques, d’un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur. »

¹⁵⁴⁸ D’ailleurs, nous pouvons regretter que la dernière révision des lois bioéthiques, issue de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, ait supprimé cette clause garante de l’adaptation du droit et plus spécialement de la capacité du parlement à s’intéresser à ces problématiques techniques.

¹⁵⁴⁹ B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*. Economica, 2000.

¹⁵⁵⁰ Article 16-10 du code civil.

¹⁵⁵¹ Article 16-11 du code civil. Voir notamment, CE, 25 mai 2010, *Steeve A*, n° 332045.

575. Matériellement, l'apport de ces lois c'est « concrétisé » tant dans le Code civil que dans le Code de santé publique. L'insertion de ces normes au sein du Code civil n'était pas chose logique dans la mesure où certaines de ces interdictions, notamment l'interdiction du clonage, de l'eugénisme, ou le principe d'inviolabilité du corps sont des règles qu'il était possible de penser comme issues d'une logique répressive. D'ailleurs, ces interdictions trouvent des concrétisations au sein du Code pénal. Cette structuration matérielle de la bioéthique, entre des principes contenus dans le Code civil et leur concrétisation contenue dans d'autres codes, interroge. Pourtant, il est possible de constater que cette ventilation entre les deux codes poursuit un but et permet l'existence d'objets juridiques distincts, bien qu'existant sous un même vocable. En effet, elle a pour but de prévenir toute dérive individualiste¹⁵⁵², mais permet *de facto*, l'existence de deux conceptions du corps¹⁵⁵³.

576. Quant à la décision du Conseil constitutionnel que certains ont qualifiée de « prudente »¹⁵⁵⁴, elle est passée à la postérité par sa mention de « la dignité de la personne »¹⁵⁵⁵, mais il faut constater que la question génétique n'est présente que dans la reprise des termes de la loi et notamment l'existence d'un principe à valeur législatif de la protection du patrimoine génétique de l'humanité. Effectivement, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé utile de venir préciser, par des règles appartenant au bloc de constitutionnalité, la conception législative du génome et de son utilisation pour identifier les personnes.

577. Pourtant, là encore, cette protection par le biais de la bioéthique est incomplète puisque l'apparition et le développement de l'identification génétique ont profondément modifié les conséquences juridiques de l'utilisation du génome puisqu'à partir de ce

¹⁵⁵² « Si les lois bioéthiques ont été réparties entre le code civil et le code de la santé publique, elles ont cependant été construites de manière à constituer un ensemble cohérent. On ne pouvait pas se passer de la figure du sujet de droit parce que le législateur a estimé qu'il fallait demander son consentement au « donneur », d'où certaines règles introduites dans le code civil ; mais il ne fallait pas pour autant lui donner des droits par trop individualistes, d'où les règles de santé publique visant notamment à énoncer les droits de ceux qui ont besoin d'un élément du corps » D. THOUVENIN, « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », RTD Civ, n°4, 1994, p. 717.

¹⁵⁵³ Cf. *Infra*. p. 78 et s.

¹⁵⁵⁴ J. DUPRAT, « Le statut juridique du corps humain : une construction progressive », *Les Petites Affiches*, vol. 80, 1996, p. 8.

¹⁵⁵⁵ Cons. Constit. Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

moment, la question de la vie privée et de sa conciliation avec des objectifs à valeur constitutionnelle, notamment la poursuite des auteurs d'infraction, devient alors centrale.

Paragraphe 2. La naissance de l'identification génétique

578. L'utilisation des empreintes génétiques afin d'identifier les personnes est jusqu'à la fin des années 1990, en France, une hypothèse théorique à laquelle le législateur et le pouvoir exécutif ne semblent pas s'intéresser. Et si un cadre juridique se dessine, ce n'est que de façon marginale puisque c'est la nécessité d'encadrer la pratique déjà existante qui amènera à la première loi organisant le fichage des empreintes génétiques spécifiquement pour les délinquants sexuels.

579. Ainsi, si un cadre juridique généraliste et incomplet préexistait à la première utilisation sur le terrain des tests génétiques (A), ce sont justement ces derniers qui ont « hâté » le développement de tests spécifiques qui ont permis la mise en base de données de ces informations (B).

A. Une mise en place du cadre juridique

580. Par dérogation, des dispositions générales ont autorisé l'utilisation des empreintes génétiques à des fins identificatoires. Il faut constater que le premier texte les ayant exclusivement pour objet est, en droit français, un avis. En effet, dès 1989, le Comité Consultatif National d'Éthique s'intéressa à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN. De cet avis simple¹⁵⁵⁶, il ressort deux éléments qui structurent encore aujourd'hui le rapport du droit à l'expertise génétique. Le premier élément qu'il est possible de qualifier d'organique concerne l'obligation de détenir un agrément pour les laboratoires qui pratiquent ces tests¹⁵⁵⁷ et la loi de 1994¹⁵⁵⁸ instituant l'article 16-12¹⁵⁵⁹

¹⁵⁵⁶ CCNE, 15 décembre 1989, Avis n°17 relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN (techniques des empreintes génétiques).

¹⁵⁵⁷ « En conséquence le comité consultatif national d'éthique recommande : que les techniques d'identification par analyse de l'ADN soient réservées à quelques laboratoires spécialement agréées en raison de leur compétence et d'une qualification reconnue à la suite de contrôles de qualité »

¹⁵⁵⁸ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain

¹⁵⁵⁹ « Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Dans le cadre d'une procédure judiciaire, ces personnes doivent, en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires ».

du Code civil, reprendra ces exigences. Second élément, inexistant dans les lois bioéthiques, des craintes clairement affirmées devant la méthode dite « PCR », cette dernière étant considérée comme « *très et presque trop puissante* ». Et si le CCNE ne précise pas la nature de sa crainte, il faut constater que l'amplification en chaîne par polymérase, dont les premiers essais remontent à 1988, en permettant de « cultiver » l'ADN, a révolutionné les possibilités offertes par la technique. En effet, grâce à ce procédé, l'empreinte génétique peut être extraite à partir d'une quantité infime d'ADN et donc être utilisée avec des gouttes de sang, des cheveux ou toutes autres sécrétions, aussi petites soient-elles, qu'aux termes de la théorie du transfert le criminel est susceptible de laisser sur la scène de crime. Pourtant, si cette technique est aujourd'hui standardisée, les craintes énoncées en 1989 par le CCNE, ne portaient pas uniquement sur le fichage en lui-même, mais sur les modifications techniques qui peuvent faciliter voire dépasser ce dernier. Pourtant, on peut regretter à la suite de F. TERRE que dans cet avis comme dans d'autres le CCNE « *laisse pour le moins l'esprit insatisfait. S'obstinant, depuis les premiers temps de son existence, à donner des leçons en droit, alors qu'on lui demande des avis d'ordre éthique, enclin paresseusement à s'attacher aux solutions du droit positif et à l'évolution constatée de celui-ci pour manifester sa résistance aux changements pouvant l'affecter* »¹⁵⁶⁰. En effet, si la crainte du CCNE n'a pas été entendue par le jurislatureur, il est possible de constater que cette utilisation de l'empreinte génétique était déjà en germe dans le droit international.

581. Au niveau international, c'est en 1992 que le comité des ministres du Conseil de l'Europe s'est penché sur l'expertise génétique identificatrice en prenant une recommandation sur l'utilisation des analyses de l'ADN dans le cadre du système de justice pénale. Outre un objet restreint au « *système de justice pénale* », cette recommandation considère le régime des données ADN comme relevant des données à caractère personnel utilisé en matière de police¹⁵⁶¹ et s'intéresse davantage aux finalités poursuivies et aux cloisonnements dans ces dernières¹⁵⁶². Cette recommandation pose

¹⁵⁶⁰ F. TERRE, « Les chemins de la vérité - sur les tests ADN », *la Sem. Jurid. Ed. générale*, vol. 1, 2008.

¹⁵⁶¹ Voir en ce sens Conseil de l'Europe, Recommandation n°r(87) 15 visant à réglementer l'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police.

¹⁵⁶² « *Les échantillons prélevés pour effectuer des analyses de l'ADN et les informations dégagées de ces analyses aux fins d'enquêtes et de poursuites pénales ne doivent pas non plus être utilisés à d'autres fins* »

alors les bases du droit spécial applicable aux tests génétiques en matière pénale, alors que celle du CCNE essayait de considérer les tests génétiques dans leur globalité tant au civil qu'au pénal. De plus, cette recommandation, en prévoyant dans son point 12 l'existence d'échanges transfrontaliers d'informations, préfigure d'une certaine façon, l'article 3 du traité de Prüm du 27 mai 2005¹⁵⁶³ relatif aux consultations automatisées des profils ADN. Mais ces interrogations et mise en place progressive d'un régime juridique se sont montrées imparfaites à encadrer les pratiques policières puisque c'est sous l'influence de ces dernières que le droit s'est retrouvé en retard par rapport aux faits.

582. Quant au droit Français, l'autorisation législative de procéder à des tests génétiques de comparaison un à un, c'est-à-dire sans base de données centrale, a été prévue dans les lois bioéthiques de 1994. Ces dernières ont inséré un article 16-11 dans le Code civil qui a progressivement évolué. Concernant l'identification d'une personne par ses empreintes génétique, les dispositions les plus intéressantes ont été insérée dans le Code civil par l'article 5 de la loi relative au respect du corps humain¹⁵⁶⁴, en réaction à l'exhumation d'Yves Montand pour procéder à un test (négatif) de paternité. Quant à la question du consentement, la loi du 6 août 2004¹⁵⁶⁵ est venue substantiellement la préciser. D'ailleurs, quelques années plus tard, le Conseil constitutionnel est venu valider cette obligation de consentement préalable à tout test génétique y compris *post-mortem*¹⁵⁶⁶, cette position étant alors justifiée « *afin d'assurer le respect dû aux morts* ».

583. Cependant, au-delà de la question de la détermination de la preuve de la paternité, après des évolutions plus anecdotiques étendant l'utilisation de ces méthodes d'identification aux « *militaires décédés à l'occasion d'une opération conduite par les*

¹⁵⁶³ Traité entre le royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche, relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, signé à Prüm le 27 mai 2005

¹⁵⁶⁴ « *L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique. En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement de la personne doit être au préalable recueilli.* ».

¹⁵⁶⁵ la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (article 5, I, 1°)

¹⁵⁶⁶ Cons. Constit., Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011 M. Louis C. et autres

forces armées ou les formations rattachées »¹⁵⁶⁷, la loi du 14 mars 2011¹⁵⁶⁸ a profondément remodelé cet article. En effet, concernant les finalités des tests génétiques, ce texte ajoute la fin « *d'établir, lorsqu'elle est inconnue, l'identité de personnes décédées* ». Pour ce faire, elle autorise tant le prélèvement d'échantillon dans les lieux que la personne décédée est « *susceptible d'avoir habituellement fréquentés* » que le prélèvement de l'ADN sur des « *ascendants, descendants ou collatéraux supposés de cette personne* ».

B. Les premières utilisations des empreintes génétiques

584. Les premiers essais sont antérieurs aux normes juridiques, et constituent ainsi une « *pratique contestable* »¹⁵⁶⁹ pour reprendre l'expression du Professeur MATHIEU. Dès 1996, dans l'affaire dite de *Garons* lorsqu'un suspect est confondu en France par l'ADN pour le meurtre et le viol d'une jeune fille de 15 ans, les enquêteurs organiseront des tests étendus à toutes les personnes qui connaissaient la victime et c'est tout naturellement que le meurtrier s'est présenté pour faire le test, probablement inconscient des possibilités identificatrices de l'ADN. Mais ce sont deux autres affaires, l'affaire Dickinson et celle du « tueur de l'Est parisien », qui vont mettre en lumière la nécessité pour la police de posséder une base de données génétique pour rendre plus efficace l'identification des personnes physiques. En effet, si dans l'affaire de *Garons* la généralisation des tests, suivant un critère déterminé (la connaissance de la victime), s'est révélée judicieuse, la proximité entre le criminel et sa victime n'est pas automatique que ce soit lors de déplacements à l'étranger ou en ce qui concerne un violeur multirécidiviste. Dans ces deux cas, et plus particulièrement dans l'affaire *Guy Georges*, l'inexistence du fichage dans une base de données centrale a probablement facilité la récidive et perturbé

¹⁵⁶⁷ Article 92 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires

¹⁵⁶⁸ Article 5 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

¹⁵⁶⁹ « *plus contestable est le fait que des chercheurs ou des praticiens placent parfois le législateur devant le fait accompli, au mépris du droit en vigueur, en lui demandant en quelque sorte de valider rétroactivement et de confirmer pour l'avenir la régularité de telle ou telle pratique* ». B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, PUAM Economica, 2000. p. 21.

l'enquête¹⁵⁷⁰, d'autant que le tueur avait été auditionné par les services de police. Car, à l'époque, les juges, notamment d'instruction, se basaient sur les dispositions générales du code de procédure pénale en matière d'expertise¹⁵⁷¹ pour autoriser les tests, tempérés par les articles 16-11 et 16-12 du Code civil. C'est-à-dire que la comparaison était du type « un à un » et nécessitait donc que pour une infraction déterminée la police fournisse tant les traces relevées sur les lieux du crime que l'empreinte d'un suspect. En l'absence de conservation de ces empreintes, les tests génétiques servaient à lever des doutes sur la culpabilité et non à trouver le criminel. Dans cette perspective, cette absence de disposition législative spéciale a eu une conséquence majeure, l'impossibilité de conserver les identifications génétiques pour les comparer ultérieurement. Cette absence d'enregistrement pour le futur des informations a limité l'utilité de ces fichiers en ne permettant ni de prévenir la récidive ni de faire des rapprochements avec des crimes passés. Partant, c'est en utilisant le modèle anglo-saxon et afin de lutter contre ces carences que le législateur a prévu dans la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs la création du fichier national automatisé des empreintes génétiques. Pourtant, il est surprenant de constater que l'enregistrement des empreintes génétiques a commencé avant l'existence de leur base de données, c'est-à-dire avant leur possible exploitation. Comme le remarque F. BELLIVIER « *le fichier, à l'heure actuelle, est un fichier fantôme. Les spécialistes interrogés le soulignent : faute de programme informatique pour faire tourner le système et d'une structure mobilière et immobilière adéquate, le fichier, matériellement, n'existe pas, même si les données destinées à l'alimenter, elles, commencent à s'accumuler.* »¹⁵⁷²

¹⁵⁷⁰ M. LE FUR, *rapport d'information sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques*, Sénat n° 504, p. 11. Disponible en ligne.

¹⁵⁷¹ Avant la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, l'article 156 du code de procédure pénale prévoyait « *Toute juridiction d'instruction ou de jugement, dans le cas où se pose une question d'ordre technique, peut, soit à la demande du ministère public, soit d'office, ou à la demande des parties, ordonner une expertise. Lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir faire droit à une demande d'expertise, il doit rendre une ordonnance motivée au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. Les dispositions des neuvième et dixième alinéas de l'article 81 sont applicables. Les experts procèdent à leur mission sous le contrôle du juge d'instruction ou du magistrat que doit désigner la juridiction ordonnant l'expertise.* »

¹⁵⁷² BELLIVIER, F., « *Infractions sexuelles et empreintes génétiques* », *RTD Civ*, 2000, p. 648.

585. Il résulte de ces évolutions de l’appréhension juridique du génome afin d’identifier les personnes trois grandes étapes. Tout d’abord, avant la découverte de l’ADN, race et génome étaient intimement liés et l’appréhension juridique de ce dernier était en rapport avec la prohibition du racisme et la condamnation axiologique et scientifique de ses théories. Ensuite, avec le développement du génie génétique, la question des manipulations de ce dernier donnera lieu à l’apparition de la bioéthique et sa régulation par le biais de la loi. Enfin, c’est en partant des autorisations prévues dans ces « grandes lois bioéthique » que s’est forgée dans la pratique la nécessité pour la police de posséder une base de données des empreintes génétiques, la loi de 1998¹⁵⁷³, venant légaliser *a posteriori* une situation existant dans la pratique. Ainsi, ces éléments ont été déterminants pour l’émergence en France de fichage des empreintes génétiques des délinquants et des personnes considérées comme telles.

¹⁵⁷³ loi n° 98-468 du 17 juin 1998 sur la prévention et la répression des infractions sexuelles

Section 2. Une évolution juridique (post 1998) : la théorie des cercles concentriques

586. Présenté comme une garantie organique, le fichier national des empreintes génétiques est mis en œuvre par la direction centrale de la police judiciaire du ministère de l'Intérieur et placé sous le contrôle d'un magistrat du parquet. Pourtant, le statut de ce fichage a évolué. Tout d'abord, il ne constituait ni un acte d'instruction ni une peine, mais était une mesure accessoire à cette dernière. Dans cette perspective, l'existence d'une dispense de peine rendait illégale la captation¹⁵⁷⁴ et la conservation des empreintes génétiques¹⁵⁷⁵ des personnes condamnées, sous réserve que leurs empreintes génétiques n'aient pas déjà été prélevées durant l'enquête. Et il est possible de considérer que ce raisonnement s'appliquerait aussi dans l'hypothèse d'une grâce présidentielle. Mais la loi du 10 mars 2010¹⁵⁷⁶ en modifiant l'expression « personnes déclarées coupables » par celle de « personnes condamnées » dans la formulation de l'article 706-54 du Code de procédure pénale a ainsi étendu le fichage y compris aux personnes dispensées de peine.

587. Si, lors de son apparition dans les faits, le fichage des empreintes génétiques fait l'objet d'un relatif consensus dans l'opinion publique, notamment eu égard à son champ d'application circonscrit, uniquement aux crimes sexuels, il est possible de constater qu'aucun texte ne vient encadrer juridiquement cette pratique. Pourtant, si ce consensus s'est forgé sur une répulsion unanime envers les crimes sexuels, force est de constater que bien avant l'affaire dite du tueur de l'Est parisien, l'utilisation des empreintes génétiques n'était pas uniquement perçue comme devant être limitée aux crimes les plus graves. En effet, dès 1992, une recommandation du Conseil des ministres du 10 février 1992 indique que les tests doivent « être autorisés dans tous les cas appropriés, quel que soit le degré

¹⁵⁷⁴ M., BONNETON, question écrite n° 48560, Assemblée Nationale 14eme législature.

¹⁵⁷⁵ Cour de cassation, chambre criminelle, 8 juillet 2008 (pourvoi n° 07-85.972), rejet du pourvoi contre cour d'appel de Grenoble, 5 juillet 2007

¹⁵⁷⁶ Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale

de gravité de l'infraction »¹⁵⁷⁷. Ainsi, si dès 1992, un blanc-seing semble avoir été donné à l'identification génétique, la question de la mise en place de ce que certains qualifient de « *fichage génétique de masse* »¹⁵⁷⁸ se pose alors avec une certaine acuité. Et cette interrogation ne se pose pas en termes politiques, ce qui conduirait logiquement à sa prohibition et à sa condamnation axiologique, mais bien dans une perspective juridique à travers l'étude de ses moyens de mise en œuvre. Ces moyens de mise en œuvre qui prennent notamment la forme d'une multiplication de lois¹⁵⁷⁹, qui permettent au FNAEG de couvrir quasiment l'ensemble des infractions, peuvent être modélisés. Indépendamment de la dénonciation par certains auteurs de la stratégie qui consiste à profiter de l'unanime répulsion au sein de l'opinion publique pour un crime¹⁵⁸⁰, afin de justifier l'emploi de nouvelles méthodes, qui seront plus tard déployées et peut-être même dévoyées pour d'autres crimes. Il faut constater que même d'un point de vue qui s'efforce d'être axiologiquement neutre, le fichage des empreintes génétiques a connu une extension notable de son champ d'application dans tous les pays où il est utilisé¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁷ Conseil de l'Europe, Point 5 recommandation n° r (92) 1 du comité des ministres aux états membres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (adn) dans le cadre du système de justice pénal.

¹⁵⁷⁸ MARION VAN RENTERGHEM, « La tentation du fichage génétique de masse », *Le monde*, 25 septembre 2006

¹⁵⁷⁹ Voir notamment : Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, loi n° 2005-1550 du 12 décembre 2005 modifiant diverses dispositions relatives à la défense, loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale

¹⁵⁸⁰ « *La résistance au fichage s'est parfois transformée en revendication du fichage : il en a été ainsi pour le fichier d'empreintes génétiques des délinquants sexuels qui n'a fait l'objet d'aucune opposition. Le consensus a en effet été général, malgré quelques voix dissidentes rappelant que les expérimentations effectuées sur une partie de la population se généralisent rapidement à son ensemble. Les résistances liées à l'extension considérable et parfaitement prévisible du fichage génétique sont récentes et ne sont apparues que lorsque des syndicalistes condamnés pour des actions militantes ont eu l'obligation de subir un prélèvement d'ADN et ont refusé de s'incliner, commettant ainsi le délit prévu à l'article 706-56 II du code de procédure pénale.* » S. PREUSS-LAUSSINOTTE, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cult. Conflits*, vol. 64, numéro hiver 2006,.

¹⁵⁸¹ Par exemple pour la Grande Bretagne « *Par ailleurs le PACE distinguait entre les prélèvements "intimes", pour lesquels le consentement de l'intéressé était requis et les prélèvements "non intimes", ne requérant pas un tel consentement. Etaient considérées comme intimes par le PACE, les prélèvements salivaires, capillaires ou buccaux. Or, afin de faciliter le recours aux empreintes d'ADN, le CJPOA a modifié cette nomenclature en déclassifiant la salive, les cheveux ou le frottis buccal afin qu'ils ne relèvent désormais de la catégorie des prélèvements "non intimes" au sens de la loi à la différence de l'échantillon de sperme participant toujours de la catégorie du prélèvement intime* » in Y. PADOVA, « A la recherche de la preuve absolue . Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes », *Arch. Polit. criminelle*, vol. 26, 2004, p. 81.

Extension telle que certains auteurs ont pu dénoncer un changement de fonction du FNAEG pour devenir « *un outil d'investigation au service de l'élucidation des affaires policières* »¹⁵⁸², alors même que sa fonction originelle était limitée à la prévention et à la lutte contre la récidive des crimes sexuels. Résultat de cette succession de lois, qu'A. Türk, alors président de la CNIL qualifie de « saucissonnage »¹⁵⁸³, en France le Fichier national des empreintes génétiques a connu une double extension tenant tant aux catégories de personnes fichées (Paragraphe 1), qu'aux infractions présidant à l'enregistrement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une extension des personnes fichées

588. En 2012, c'est plus de 2 millions d'empreintes génétiques (1, 6 millions de personnes mises en cause pour 400 000 condamnées) et 150 000 traces qui sont enregistrées au FNAEG¹⁵⁸⁴, sur un total possible d'environ 3,7 millions de personnes¹⁵⁸⁵. Et si la liste des personnes habilitées a connu une évolution, ce pouvoir appartient aujourd'hui aux Officiers de police judiciaire agissant d'office ou à la demande du Procureur de la République ou du Juge d'instruction, ainsi qu'aux magistrats, notamment pour les personnes condamnées n'ayant pas fait l'objet d'un enregistrement précédent par l'officier de police judiciaire.

589. Créé par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 sur la prévention et la répression des infractions sexuelles, l'article 706-54 du code de procédure pénale met en place la base de données centrale des empreintes génétiques : le FNAEG. Et l'évolution de cette disposition est symptomatique des mutations du fichage ADN en France. En 1998 le fichage est limité aux auteurs condamnés pour infractions sexuelles et la comparaison ne peut s'effectuer que pour les personnes « *à l'encontre desquelles il existe des indices* »

¹⁵⁸² Y. PADOVA et CH. MOREL, Droit des fichiers, Droits des personnes, Gaz. Pal., 9 janv. 2004, p. 29. In GIRAULT, C., « Identification et identité génétiques », *AJ Pénal*, n°1, 2010, p. 224.

¹⁵⁸³ « *Le problème du Fnaeg, [...] c'est le saucissonnage : ses compétences sont élargies à chaque vague législative. La CNIL ne peut que proposer des garanties supplémentaires pour maintenir un système plus protecteur des droits des personnes que le système britannique* » Cité par M. VAN RENTERGHEM, « La tentation du fichage génétique de masse », *Le monde*, 25 septembre 2006.

¹⁵⁸⁴ Source cite internet de la CNIL.

¹⁵⁸⁵ Sur le détail de l'estimation PADOVA, Y. & C. MOREL, « Droit des fichiers, droits des personnes », *Gaz. du Palais*, vol. 10, 2009, pp. 1-11.

graves et concordants de nature à motiver leur mise en examen »¹⁵⁸⁶. Cependant, l'évolution législative a conduit à multiplier les catégories de personnes pouvant faire l'objet d'un enregistrement et même à créer *ex nihilo* une catégorie : les mis en cause.

590. Limité en 1998 aux auteurs condamnés pour infractions sexuelles, le fichage des empreintes génétiques a très vite été étendu à d'autres catégories de personnes, notamment par le développement de la procédure d'enregistrement des informations, dans des cas qui appartenaient, sous l'emprise de l'ancienne législation, au régime juridique de la simple comparaison d'empreintes. Car, dans sa version originale, le FNAEG prévoyait deux niveaux d'utilisation des empreintes génétiques, soit un enregistrement pour les personnes définitivement condamnées, soit une simple comparaison entre l'empreinte génétique du « mis en examen » et les profils précédemment enregistrés. Dans cette hypothèse, les données n'étaient pas conservées mais détruites après la comparaison. Le seul fichage possible, aux termes de la version originelle, est celui des auteurs condamnés pour infractions sexuelles. Et la comparaison ne peut avoir lieu qu'après la mise en examen de la personne. Et si cet encadrement juridique très restrictif a placé l'utilisation du FNAEG sous le contrôle direct du juge judiciaire, peu à peu cette protection s'est effritée. En 2001¹⁵⁸⁷, tout d'abord la condition cumulative d'existence « *des indices graves et concordants de nature à motiver leur mise en examen* », pour permettre une comparaison, devient une condition alternative puisque désormais ce sont des « *indices graves ou concordants* » pour comparer les empreintes génétiques.

591. Dès 2003, la loi sur la sécurité intérieure¹⁵⁸⁸ prévoit une extension du fichage puisque ce dernier porte alors aussi sur les personnes à l'encontre desquelles il existe des « *indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées* »¹⁵⁸⁹. Cette loi ne reprenant pas les catégories juridiques mobilisées par la première loi sur le FNAEG, à savoir les personnes condamnées pour le fichage et celles mises en examen pour procéder à une comparaison d'empreintes. En effet, la loi de 2003 supprime la distinction entre le fichage et la comparaison des données

¹⁵⁸⁶ Article 26 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 sur la prévention et la répression des infractions sexuelles

¹⁵⁸⁷ Article 56 de la Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 *relative à la sécurité quotidienne*

¹⁵⁸⁸ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

¹⁵⁸⁹ Article 29 de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

et fait disparaître par la même occasion toute référence à la mise en examen. Ainsi, il est possible de constater que, sur un temps relativement bref, la dualité de régime, justifiée par la présomption d'innocence, a disparu au profit d'un modelage du régime des mis en cause sur celui des condamnés.

592. Au-delà de cette utilisation *ad hoc* d'une catégorie juridique spéciale, la définition même de cette catégorie de « mis en cause » est problématique ? Effectivement, il est possible de s'interroger : quels indices ? Pour quelle concordance ? Ces questions sont d'autant plus importantes que, comme le remarque F. GIQUEL « *La plupart du temps [...] les mis en cause ne sont pas informés de ce fichage et ne se rendent pas compte des conséquences que celui-ci emporte — et sur une longue durée qui plus est* ». ¹⁵⁹⁰ Face à cette asymétrie d'information entre la personne et le responsable du fichage, seul l'encadrement de cette notion permet de limiter les atteintes aux droits fondamentaux. Et c'est uniquement dans l'hypothèse inverse, celle où la personne a connaissance de l'enregistrement de ses informations génétiques que cette dernière peut en demander la suppression. Pour ce faire, une procédure d'effacement est prévue, de la compétence du Procureur, avec un appel en cas de refus devant la Chambre de l'instruction. Et c'est au regard de cette procédure que le Conseil constitutionnel a considéré que « *ces dispositions sont de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée ; que le grief tiré de ce que la mise en œuvre du fichier ne serait pas assorti de garanties appropriées doit être écarté* » ¹⁵⁹¹. Pourtant, de *facto*, le faible nombre d'effacements contraste avec le nombre toujours plus élevé de mis en cause.

593. De plus la loi n° 2003-239, crée deux nouvelles hypothèses, la première concerne l'autorisation faite de rapprocher « les empreintes d'une personne à l'encontre desquels il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit », ce rapprochement s'effectuant sur le modèle de la comparaison des empreintes des « mis en examen » prévu dans la première version de la loi., c'est-à-dire sans conservation des données. Cette catégorie est une extension notable du champ d'application du FNAEG car désormais, indépendamment de la liste prévue à

¹⁵⁹⁰ F. GIQUEL, « La CNIL exerce-t-elle un contrôle des fichiers de police suffisant ? », *AJ Pénal*, 2007, pp. 69–70.

¹⁵⁹¹ Cons. Constit., QPC 25-2010, *M. Jean-Victor C.* [Fichier empreintes génétiques], Cons. 16.

l'article 706-55 du code de procédure pénale, il est possible de prélever les empreintes génétiques d'un individu. On a donc assisté à une substitution de régime juridique entre les mis en cause d'une infraction relevant de l'article 706-54 selon la formulation de 2001 et les mis en cause dans des crimes et délits selon la formulation de 2003.

594. Mais ce processus sera consolidé en 2004 par la loi Perben II¹⁵⁹², qui prévoit le fichage de toutes personnes condamnées à 10 ans de prison, le refus interdisant toutes remises de peine ; désormais le fichage est davantage fonction du quantum de la peine à laquelle la personne a été condamnée et que de l'appartenance de cette infraction à la liste de l'article 706-55 du Code de procédure pénale. Quant à la loi n° 2010-242¹⁵⁹³, elle finit d'accroître le champ du fichage puisque, indépendamment de toute peine de prison, elle autorise l'enregistrement des informations des empreintes des personnes ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale.

595. Toujours dans la perspective, d'accroître le nombre d'hypothèses pour lesquels le fichage est autorisé, voire en l'absence d'infraction, la loi de 2003 rajoute une hypothèse d'enregistrement de fichier concernant les empreintes issues des procédures de recherche des causes de la mort ou de recherche des causes de disparition. De plus, la loi 2011-267¹⁵⁹⁴, prévoit l'enregistrement des empreintes des « *personnes décédées dont l'identité n'a pu être établie* » ainsi que celle des ascendants, descendants et collatéraux des personnes disparues. Dans cette dernière hypothèse, un certain nombre de garanties spéciales sont prévues, notamment l'exigence d'un consentement éclairé, express et écrit.

596. De plus dans cette dernière hypothèse, les données connaissent une durée de conservation relativement faible de 25 ans, durée lissée sur celle de conservation des empreintes des « mis en cause » alors que, concernant les personnes définitivement

¹⁵⁹² loi du 9 mars 2004 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

¹⁵⁹³ Article 19 de la LOI n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

¹⁵⁹⁴ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure

condamnées cette durée est de 40 ans¹⁵⁹⁵, sur le modèle du casier judiciaire¹⁵⁹⁶. Pourtant, cette hypothèse présentée comme marginale est en réalité fondamentale concernant les atteintes aux droits fondamentaux de la personne. Tout d'abord, elle fait logiquement fi des « secrets de famille » puisqu'elle ne peut saisir que la filiation biologique et en cas de hiatus entre cette filiation génétique et la filiation déclarée, notamment en matière de paternité, non seulement l'enregistrement de ces informations perdent leur fonction, mais, fait beaucoup plus grave, le gestionnaire du fichier dispose d'une information erronée. Et ici deux solutions sont envisageables ou bien cette information erronée perturbe l'enquête ou bien l'officier de police judiciaire dispose sur la personne d'une information que cette dernière ignore. Cette asymétrie est d'autant plus dommageable qu'elle porte sur une information relevant de l'intime de la personne et constitue, à n'en pas douter, une atteinte à la vie privée et familiale, telle que construite par la Cour européenne des droits de l'homme.

597. En effet, la Cour ne s'est pas prononcée directement sur cette question vis-à-vis du système de fichage français et un parallèle peut être fait avec les motifs de son arrêt *Marper c. RU*¹⁵⁹⁷. Dans cet arrêt, les juges strasbourgeois considèrent que le fichage des empreintes génétiques de personnes non définitivement condamnées ou mineures au moment des faits, en l'absence de procédure d'effacement possible et à la vue des délais de conservation, constituait non seulement une atteinte, mais une violation de l'article 8 de la Convention dans son versant relatif à la vie privée. Pourtant, force est de constater

¹⁵⁹⁵ Article R53-14 du code de procédure pénale « *Les informations enregistrées ne peuvent être conservées au-delà d'une durée de quarante ans à compter : -soit de la demande d'enregistrement lorsqu'il s'agit des résultats mentionnés au I de l'article R. 53-10 ou à l'article R. 53-12 ; -soit du jour où la condamnation est devenue définitive ou, si cette date n'est pas connue du gestionnaire du fichier, du jour de la condamnation, lorsqu'il s'agit des résultats mentionnés au II de l'article R. 53-10. Les résultats mentionnés au 2° du I de l'article R. 53-10 ne peuvent toutefois être conservés au-delà d'une durée de vingt-cinq ans à compter de la demande d'enregistrement, si leur effacement n'a pas été ordonné antérieurement dans les conditions prévues par les articles R. 53-13-1 à R. 53-13-6. Cependant, si la personne a fait l'objet d'une décision de classement sans suite, de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement exclusivement fondée sur l'existence d'un trouble mental en application des dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, le procureur de la République en informe le gestionnaire du fichier et ces résultats sont conservés pendant quarante ans à compter de la date de cette décision.* »

¹⁵⁹⁶ Ces durées de conservation ont été le point de focal d'un certain nombre de critique et même le Conseil d'Etat s'y ait intéressé dans son rapport 2014. En effet, le Conseiller du Palais royal propose « *Mettre en œuvre la décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 du Conseil constitutionnel, en modulant la durée de conservation des données dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) en fonction de la gravité de l'infraction et de la minorité de la personne au moment de l'enregistrement* ». Conseil d'Etat, *Rapport du Conseil D'Etat : Le numérique et les droits fondamentaux* 2014, p. 357.

¹⁵⁹⁷ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04a

que cette analogie a des limites. En effet, les empreintes génétiques n'ont pas encore donné lieu devant des juridictions nationales ou internationales à une confrontation vis-à-vis de la vie familiale et notamment sur l'accès aux origines.

598. L'extension du champ du fichage et la multiplication des catégories juridiques pouvant y donner lieu ont eu pour corollaire une diminution des droits de la personne fichée. En effet, au gré des évolutions législatives, les catégories juridiques utilisées pour justifier le fichage, sont passées de catégories standards, existant dans le droit pénal et bénéficiant de fortes garanties procédurales, comme les personnes condamnées ou les mis en examens à des catégories *ad hoc*, aux contours beaucoup plus flous et permettant un accroissement quantitatif du nombre de personnes fichées : les mis en cause. D'ailleurs, ce mouvement s'est accompagné d'un recul du poids de la décision de justice dans l'autorisation de fichage. Dans la première version du fichier, le fichage faisait suite à une décision judiciaire (condamnation ou mise en examen), alors que dans le régime juridique existant aujourd'hui le fichage est placé sous le contrôle d'un magistrat mais la décision est du champ de compétence de l'Officier de police judiciaire. Et ce déplacement du fichage du juge à l'officier de policier judiciaire s'est automatiquement traduit par un affaiblissement de la protection, ne serait-ce que procédurale, de la personne face au fichage de ses empreintes génétiques.

599. En outre, concernant le prélèvement sur la personne, au terme d'un renversement, validé par le Conseil constitutionnel¹⁵⁹⁸, si le respect de la volonté de la personne est toujours le principe, le refus de cette dernière de se prêter à des examens permettant le fichage est désormais pénalement sanctionné¹⁵⁹⁹. Et pourtant le juge de la rue Montpensier considère que cette dernière infraction n'implique pas de reconnaissance de

¹⁵⁹⁸ « l'expression "prélèvement externe" fait référence à un prélèvement n'impliquant aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comportera donc aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés ; que manque dès lors en fait le moyen tiré de l'atteinte à l'inviolabilité du corps humain ; que le prélèvement externe n'affecte pas davantage la liberté individuelle de l'intéressé » Cons. Constit., décision n° 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure, Considérant 55. Ou « qu'en tout état de cause, le prélèvement n'implique aucune intervention corporelle interne ; qu'il ne comporte aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes » Cons. Constit., QPC 25-2010, M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques], Cons 10.

¹⁵⁹⁹ Article 706-54 al 2 du code de procédure pénale, « II.-Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Lorsque ces faits sont commis par une personne condamnée pour crime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. »

culpabilité et donc ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence¹⁶⁰⁰. Néanmoins, ce raisonnement semble passer sous silence le processus de confluence des régimes juridiques entre mis en cause et personnes définitivement condamnées. Effectivement, la présomption d'innocence a comme effet d'entraîner une distinction dans le traitement judiciaire entre les personnes condamnées et celles qui ne le sont pas, ces dernières devant être soumises à un régime dérogatoire des premières¹⁶⁰¹. Pourtant, concernant le fichage génétique derrière la distinction des notions incluses dans le Code de procédure pénale, (condamnés et mis en cause) se retrouve une unification des régimes juridiques.

600. Il ressort de cette évolution législative deux traits caractéristiques, le premier est un phénomène de confusion progressive des régimes juridiques entre les différentes catégories : soit par glissement d'une catégorie d'un régime assez protecteur (notamment la comparaison sans enregistrement) à un régime de fichage, soit par l'apparition de nouvelles catégories de personnes pouvant faire l'objet d'une identification génétique et de l'enregistrement de ces données. Toutefois, au-delà de cette extension des catégories de personnes il est possible de constater que ces lois ont aussi prévu une extension des infractions concernées.

¹⁶⁰⁰ « Considérant, en quatrième lieu que le prélèvement biologique aux fins de la conservation au fichier, prévu par le deuxième alinéa de l'article 706-54, des empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis certaines infractions et le prélèvement biologique aux fins de rapprochement d'empreintes, prévu par le troisième alinéa de l'article 706-54, auquel il peut être procédé sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis l'un de ces mêmes crimes ou délits, n'emportent ni déclaration ni présomption de culpabilité ; qu'ils peuvent au contraire établir l'innocence des personnes qui en sont l'objet ; que l'obligation pénalement sanctionnée de se soumettre au prélèvement, qui n'implique pas davantage de reconnaissance de culpabilité, n'est pas contraire à la règle selon laquelle nul n'est tenu de s'accuser ; que, dès lors, ces dispositions ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence ; » Cons. Constit., QPC 25-2010, *M. Jean-Victor C.* [Fichier empreintes génétiques], Cons 17

¹⁶⁰¹ Si les exemples sont nombreux, il est possible de constater de façon très triviale que cette distinction irrigue l'ensemble du droit pénal, ainsi en est-il de la distinction entre maison d'arrêt et centre de détention notamment.

Paragraphe 2. Une extension des infractions fichées

601. Comme mentionné précédemment, l'enregistrement des données dans le FNAEG était historiquement circonscrit à un nombre très restreint de crimes mais, tout comme en ce qui concerne les catégories de personnes fichées, la liste des infractions donnant lieu à comparaison d'empreintes ou au fichage de ces dernières s'est considérablement allongée.

602. Pourtant, cette extension n'est pas le propre du système hexagonal d'enregistrement des informations génétiques, il est possible de montrer le même mouvement dans les pays anglo-saxons. Néanmoins, si le *Police & Criminal Evidence Act de 1984*, limitait le fichage aux « délits et crimes graves », dix ans plus tard le *Criminal Justice & public order* a étendu le fichage à l'ensemble des « *recordable offense* », c'est-à-dire aux infractions sanctionnées par une peine de prison, même sans consentement de la personne. Cependant, le législateur britannique fonctionne par catégories de crimes, voire par analogie avec le fichage des empreintes digitales. Le législateur Français a, quant à lui, choisi une autre méthode pour déterminer les infractions donnant lieu à un prélèvement puisqu'il a préféré utiliser une méthode « par liste » d'infractions, en étoffant progressivement la liste des infractions rentrant dans le champ d'application du FNAEG, sans pour autant faire appel à une catégorisation de ces dernières.

603. Indépendamment des catégories fichées, criminels condamnés, mis en cause, etc. Les crimes fichés ont eux aussi connu une extension qu'il est possible d'appréhender en deux temps : une généralisation suivie d'une extension du champ d'application. Une généralisation tout d'abord, en 1998, la loi qui crée le FNAEG se limite dans son intitulé aux infractions sexuelles et la première version de l'article 706-54 du code de procédure pénale prévoit lui aussi que le fichage se fait « *en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs d'infractions sexuelles* ». Cette limitation aux infractions sexuelles trouve un double fondement. La création du FNAEG est à circonstancier par rapport à l'affaire Guy Georges et en a réaction à son retentissement dans l'opinion publique. Dans cette perspective, comme réaction législative, le FNAEG ne pouvait que concerner les crimes qui avaient présidé à sa création. Second argument, l'actuel consensus pour traiter les crimes sexuels comme des crimes spéciaux, qui nécessite un régime juridique plus sévère. Aujourd'hui le traitement des crimes sexuels est avec d'autres (notamment le

terrorisme) considéré comme plus attentatoire à la société. Dans cette perspective, les nouveautés en matière pénale quand elles sont créées pour ces crimes spécifiques ne rencontrent que peu de réticence chez les parlementaires ou dans l'opinion publique et peuvent même être encouragées par cette dernière. En effet, au-delà des crimes sexuels, c'est aujourd'hui le terrorisme, crime aux contours flous¹⁶⁰² et pourtant omniprésent médiatiquement qui justifie l'accroissement du champ d'application des fichiers, notamment génétique. La crainte de ces crimes exceptionnels justifie alors en creux la généralisation de la surveillance. Partant, La question de la forme de cet accroissement appelle quelques précisions. *A priori*, cette extension devrait pouvoir être modélisée sous la forme d'anneaux concentriques, avec au cœur des anneaux les premières infractions prévues dans la première loi, puis dans un second anneau les infractions prévues dans la seconde loi, avec autant d'anneaux que de lois. Pourtant, aussi séduisante soit-elle, cette idée se révèle contraire aux faits.

604. En effet, l'extension n'est pas seulement un accroissement des catégories fichées, mais au contraire, une construction hétéroclite, se basant sur des infractions biens particulières, traitant certaines dans un premier temps dans le régime juridique de la comparaison, pour ensuite les considérer comme pouvant donner lieu à enregistrement des données. Néanmoins ces évolutions sont tout de même modélisables, par analogie à ce que Mireille Delmas Marty proposait pour la criminalité économique, non pas sur le modèle des cercles concentriques, mais sur le modèle des anneaux olympiques¹⁶⁰³.

¹⁶⁰² « *Quelle comparaison juridique établir en effet, entre la destruction par substances explosives d'un centre des impôts lors d'une « nuit bleue » corse, la tentative d'assassinat du général de Gaulle au Petit Clamart le 22 août 1962 ou, pour remonter à une époque plus ancienne, l'attaque de Caserio tuant le président Sadi Carnot, sous la IIIe République? Quels points communs relever entre la destruction, lors d'une opération de commando, d'une Caravelle d'Air France stationnée sur un aéroport breton, la fusillade aveugle des consommateurs d'un restaurant israélien, l'incendie criminel d'un grand magasin à Paris, l'explosion d'engins meurtriers dans les wagons du réseau express régional parisien, aux stations Saint-Michel et Port Royal ou bien les événements du 11 septembre 2001 aux États-Unis, qui ont entraîné la mort de milliers de civils à New York, à Washington et celle de tous les passagers qui se trouvaient à bord des quatre avions de ligne détournés par un groupe organisé de terroristes?* ». T. RENOUX, « juger le terrorisme ? » - *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 14* (Dossier : La justice dans la constitution), mai 2003. disponible en ligne.

¹⁶⁰³ « *de même, l'idée qu'à un espace d'application plus restreint correspond une réglementation plus détaillée et précise-comme on pourrait l'attendre d'une régionalisation « en cercle concentriques »- n'est pas confirmée par l'analyse des textes : en effet, toutes les conventions présentent un noyau commun mais chacune d'entre elles contient des spécificités par rapport aux autres, selon une configuration qui relève plutôt des « cercles olympiques »* M. DELMAS-MARTY, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*, Volume 7. Les Editions de la MSH, 2001, p. 106.

Puisque les modifications successives de l'article 706-56 du Code de procédure pénale ont amené une multiplication des éléments amenant au fichage.

605. Première adjonction d'objet de fichage, dès 2001, la loi n° 2001-1062 modifie les sujets du fichage qui portent alors non plus sur les infractions sexuelles mais sur quatre types d'infractions, toutes de nature criminelle¹⁶⁰⁴. Seconde adjonction, deux ans plus tard¹⁶⁰⁵, en 2003, même les infractions concernant les biens ou des infractions sans personne physique victime, notamment celles commises contre l'État¹⁶⁰⁶, pourront faire l'objet d'un enregistrement au FNAEG. En 2004¹⁶⁰⁷, c'est un délit qui fait pour la première fois son entrée dans la liste de l'article 706-55 du Code de procédure pénal : l'exhibition sexuelle. Enfin en 2013 sont ajoutés à cette liste les crimes et délits de guerre¹⁶⁰⁸.

606. Cette extension au coup par coup n'a pas entraîné de rejet massif dans l'opinion publique, malgré une utilisation dans des cas médiatiques, notamment celle des faucheurs volontaires d'OGM¹⁶⁰⁹. Ce mutisme peut s'expliquer par l'acceptation de l'idée que le

¹⁶⁰⁴ Article 56 de la Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne » *Le fichier national automatisé des empreintes génétiques centralise les traces et empreintes génétiques concernant les infractions suivantes : 1° Les infractions de nature sexuelle visées à l'article 706-47, ainsi que le recel de ces infractions ; 2° Les crimes d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie et de violences volontaires prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-8, 222-10 et 222-14 (1° et 2°) du code pénal ; 3° Les crimes de vols, d'extorsions et de destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes prévus par les articles 311-7 à 311-11, 312-3 à 312-7 et 322-7 à 322-10 du code pénal ; 4° Les crimes constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-4 du code pénal. »*

¹⁶⁰⁵ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

¹⁶⁰⁶ Notamment les « Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation », ainsi que « la fausse monnaie » Article 29 de la Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

¹⁶⁰⁷ Article 47 de la loi Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

¹⁶⁰⁸ Article 23 de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France

¹⁶⁰⁹ D'ailleurs, en raison de l'intense battage médiatique la fauche d'OGM est désormais un délit spécifique, non listé dans l'article 706-55 du code de procédure pénale. Comme le remarque la Cour de cassation « *Attendu que, pour confirmer cette décision, l'arrêt relève que les faits de destruction de maïs transgénique ayant entraîné la condamnation de l'intéressé sont désormais réprimés par une incrimination spécifique, résultant de l'article 7 de la loi n° 2008-595 du 25 juin 2008, codifiée sous l'article L. 671-15 du code rural ; que les juges observent que cette infraction nouvelle n'a pas été insérée dans l'article 706-55 du code de procédure pénale énumérant les infractions donnant lieu à prélèvement biologique ; qu'ils en déduisent que le législateur a ainsi modifié l'appréciation qu'il faisait du besoin d'ingérence dans la vie privée de ses nationaux militant contre les cultures transgéniques et a considéré qu'il était disproportionné de les*

FNAEG a été construit autour de l'argument sophistique de « la pente glissante »¹⁶¹⁰. Car les réticences ne s'étant pas exprimées lors de sa création, elles deviennent inaudibles pour des modifications présentées comme essentiellement techniques. Ainsi, concernant l'article 706-47 puis 706-55 du code de procédure pénale (ce dernier article renvoyant au précédent), les différentes versions comportent qui ne comportaient que deux crimes avec circonstances aggravantes¹⁶¹¹ en 1998 en contiennent désormais 10 fois plus¹⁶¹², sans compter que cette extension a eu pour corollaire une extension du fichage à d'autres catégories d'infractions, le fichage étant désormais possible pour des délits. Désormais, il est plus évident de faire la liste des infractions ne donnant pas lieu à un enregistrement des informations qu'à un commentaire exhaustif de la liste de l'article 706-55 du Code de procédure pénale. Ainsi, principalement seules les contraventions et les

soumettre à un tel prélèvement pour des faits entrant dans les prévisions de la loi nouvelle » Cour de Cass. Crim. 10 juin 2010, n° 10-80957.

¹⁶¹⁰ « *Argument faisant valoir qu'il est préférable de ne pas s'engager dans une direction estimée au départ moralement acceptable, mais on anticipe qu'elle comporte des éventualités et des tentations futures qui seront suscitées par l'évolution des sciences des techniques ou des mœurs et dont on juge qu'elles sont contraires à la morale. Suivant l'argument de la pente glissante, les hommes succomberont peu à peu mais irrésistiblement à ces tentations devenues possibilités réelles, dès lors qu'ils auraient fait un premier pas dans leur direction* » Article « pente glissante », *Nouvelle encyclopédie de bioéthique: médecine, environnement, biotechnologie*. De Boeck Supérieur, 2001, p. 604.

¹⁶¹¹ En 1998, l'article 706-47 du code de procédure pénale prévoyait « *Les personnes poursuivies pour le meurtre ou l'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour l'une des infractions visées aux articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du code pénal doivent être soumises, avant tout jugement sur le fond, à une expertise médicale. L'expert est interrogé sur l'opportunité d'une injonction de soins dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire. Cette expertise peut être ordonnée dès le stade de l'enquête par le procureur de la République. Cette expertise est communiquée à l'administration pénitentiaire en cas de condamnation à une peine privative de liberté, afin de faciliter le suivi médical et psychologique en détention prévu par l'article 718.* »

¹⁶¹² Modifié par la loi l'article 706-55 du code de procédure pénale prévoit que « *Le fichier national automatisé des empreintes génétiques centralise les traces et empreintes génétiques concernant les infractions suivantes : 1° Les infractions de nature sexuelle visées à l'article 706-47 du présent code ainsi que le délit prévu par l'article 222-32 du code pénal ; 2° Les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteintes aux personnes, de trafic de stupéfiants, d'atteintes aux libertés de la personne, de traite des êtres humains, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs, prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18, 222-34 à 222-40, 224-1 à 224-8, 225-4-1 à 225-4-4, 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3, 225-12-5 à 225-12-7 et 227-18 à 227-21 du code pénal ; 3° Les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens prévus par les articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 du code pénal ; 4° Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie, l'association de malfaiteurs et les crimes et délits de guerre prévus par les articles 410-1 à 413-12, 421-1 à 421-4, 442-1 à 442-5, 450-1 et 461-1 à 461-31 du code pénal ; 5° Les délits prévus par les articles L. 2353-4 et L. 2339-1 à L. 2339-11 du code de la défense ; 6° Les infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 5°, prévues par les articles 321-1 à 321-7 et 324-1 à 324-6 du code pénal.* »

infractions « de papier » (Trafic d'influence, prise illégale d'intérêt...) sont exclues du fichage. Au terme de cette évolution, le principe et l'exception se sont inversés puisque l'absence de fichage ne semble désormais possible que de manière marginale, le processus d'extension du champ de fichage ayant peu à peu « recouvert » l'immense majorité des crimes et délits.

607. Pourtant, cette extension n'est pas le seul processus d'accroissement du FNAEG actuellement à l'œuvre. En effet, son interconnexion avec des fichiers d'empreintes génétiques étrangers accroît, virtuellement, d'autant le nombre de profils enregistrés. Et cette interconnexion a été prévue dès 1997 et organisée par le traité de Prüm¹⁶¹³. Pris sur le fondement d'une coopération volontaire entre certains États membres de l'Union européenne, ce traité a pu être considéré par certains États non partis comme préfigurant le futur droit commun de l'Union. Concernant l'interconnexion, elle ne peut avoir lieu qu'au cas par cas et nécessite le passage par un « point de contact national ». En outre, cette consultation doit « *s'opérer [...] dans le respect du droit national de la partie contractante qui effectue ladite consultation* ». En outre, au-delà de la consultation des profils déjà existants à l'étranger, ce traité prévoit aussi dans son article 7 la coopération des services de police afin de prélever les éléments génétiques. Cependant, les résolutions encadrent aussi substantiellement les segments non-codants, en précisant expressément qu'en cas de découverte scientifique invalidant cette catégorisation, les États devaient s'abstenir de se les échanger et *a fortiori* de les enregistrer¹⁶¹⁴.

¹⁶¹³ Traité entre le royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche, relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, signé à Prüm le 27 mai 2005

¹⁶¹⁴ « *lors de l'échange des résultats des analyses d'ADN, les États membres sont instamment invités à limiter les résultats des analyses d'ADN aux segments chromosomiques ne contenant aucun facteur d'expression de l'information génétique, c'est-à-dire ne fournissant pas, en l'état actuel des connaissances, d'informations sur des caractéristiques héréditaires spécifiques. Si l'évolution scientifique venait à révéler que l'un des marqueurs d'ADN recommandés dans la présente résolution fournit des informations sur des caractéristiques héréditaires spécifiques, il serait recommandé aux États membres de ne plus utiliser ce marqueur lors de l'échange des résultats des analyses d'ADN* » Recommandation du Conseil du 25 juin 2001 concernant les points de contact assurant un service vingt-quatre heures sur vingt-quatre pour lutter contre la criminalité liée à la haute technologie.

608. Ce processus d'extension des champs d'applications de ce fichage ADN, a été considéré comme constitutionnel¹⁶¹⁵ et attend aujourd'hui de passer sous les fourches caudines de la Cour de Strasbourg. À cet égard, comme le mentionne la Cour elle-même¹⁶¹⁶, le Gouvernement Français a essayé d'acheter certains requérants qui contestaient le fichage, afin d'éviter une condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme, comportement qui dénote une certaine « fébrilité » au sujet de la conventionnalité du FNAEG, notamment au regard de l'article 8 de la Convention et de la jurisprudence de la Cour concernant les données génétiques. En effet, dans son arrêt *Marper c. RU*, la Cour a considéré que l'absence de distinction entre fichage des condamnés et des simples mis en cause, ainsi que l'impossibilité de faire effacer ces données violait la vie privée des demandeurs. Et ces deux arguments sont, à notre avis, pleinement recevables pour le FNAEG. Effectivement, comme nous l'avons montré l'extension tant des catégories de personnes que des infractions fichées, crée une confusion similaire au système britannique dont la Cour a condamné l'inconventionnalité. En outre, concernant la suppression des informations, l'absence d'autorité indépendante de contrôle, entraînera, tout comme dans le cas britannique, une condamnation au regard de la protection de la vie privée. Pourtant, ces questions devraient très vite trouver une réponse puisqu'une affaire pendante devant la Cour concerne justement le fichage ADN¹⁶¹⁷.

609. Aujourd'hui, si ce fichage et sa généralisation émeuvent encore l'opinion publique, notamment concernant des infractions ou des catégories de personnes spécifiques, force est de constater qu'aujourd'hui, non seulement, ce fichage est entré dans les mœurs. Mais sa suppression n'est plus, en tant que telle, demandée. De plus, alors que le modèle anglo-saxon a servi pendant longtemps de repoussoir¹⁶¹⁸

¹⁶¹⁵ Cons. Constit., *M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques]* n° 2010-25 QPC du 17 septembre 2010 & Cons. Constit., décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *loi pour la sécurité intérieure*.

¹⁶¹⁶ CEDH, *A. Barreau c. France*, le 13 décembre 2011, 24697/09.

¹⁶¹⁷ CEDH, 26 mars 2014, *f. Dagregorio et A. Moscon*, n° 65714/11.

¹⁶¹⁸ « *La contrepartie au fichage des personnes dans les traitements de sécurité a toujours été posée en termes de protection de la vie privée, abordée plus ou moins rigoureusement selon les Etats. Les pays d'Europe continentale comme l'Allemagne et la France en ont une vision très forte, alors que les pays de tradition anglo-saxonne, comme l'Angleterre et les Etats-Unis, l'abordent avec beaucoup plus de souplesse* ». S. PREUSS-LAUSSINOTTE, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cult. Conflits*, vol. 64, numéro hiver 2006, 2010. Disponible en ligne.

fut « qualifié de très libéral » par des travaux parlementaires¹⁶¹⁹, il est possible de constater que comme le remarque J.P. MARGUENAUD « *les tentations de s'aligner sur les positions anglaises [...] sont particulièrement fortes depuis quelques années* »¹⁶²⁰ et que cette tentation s'est en partie réalisée puisque au terme d'une évolution en anneau « olympique », le fichage est la règle et son absence l'exception. Ce nouvel état du droit a pour conséquence que la conciliation aujourd'hui opérée en droit français entre l'ordre public et les droits des individus est similaire à celle opérée en Grande-Bretagne.

610. La question de la récidive doublée de celui de la pente glissante a pour conséquence, que le fichage généralisé y compris pour les petites infractions se justifie d'autant, que les grands criminels ont au début de leur parcours été des petits délinquants. Face à cette croyance, le fichage se justifie d'autant, qu'il permet alors non plus d'identifier le récidiviste à crime constant, mais d'utiliser les informations enregistrées pour des petits délits. Ainsi, apparaît, une justification globale au fichage de masse. Puisque face à l'horreur du terrorisme et à la difficulté de lutter contre, l'enregistrement des informations génétiques des délinquants se justifie d'autant, qu'elle contribue, même virtuellement, à l'identification possible des terroristes et simplifier, ainsi les enquêtes. Dans cette perspective, et de manière plus radicale encore, certains pays ont prévu de généraliser le fichage génétique à l'ensemble de leur population afin de lutter contre le terrorisme¹⁶²¹. Pour synthétiser, les infractions en lien avec le terrorisme agiraient alors comme des moteurs, difficilement contestables, de l'extension du fichage à l'ensemble des infractions, afin de réguler « *la montée de la hantise sécuritaire provoquée entre autres par les attentats terroristes* »¹⁶²².

¹⁶¹⁹ C. CABAL, Rapport sur les méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir de données biométriques et les techniques de mise en œuvre, au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (n° 355, 2012-2013).

¹⁶²⁰ J.-P. MARGUENAUD, « De la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes innocentées CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, S. et Marper c/ Royaume-Uni », *RSC*, 2009, p. 182.

¹⁶²¹ « Le Koweït impose un fichage ADN à toute sa population », *Le monde*, 15 juillet 2015. Article non signé.

¹⁶²² CCNE, avis n° 98, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*

611. Conclusion Chapitre : La recherche des délinquants a amené à renverser la logique présente pour les preuves d'identité classique que ce soit à partir de sa naissance (l'anthropométrie) ou concernant ses avatars les plus modernes (les tests ADN). Ces fichiers ont inversé le rapport classique entre l'identification judiciaire et l'état civil. Précédemment, l'état civil était à la base du fichage du délinquant, désormais elle n'est que la conclusion d'un syllogisme, qui compare deux données corporelles afin de déduire une donnée tierce, ce dernier ayant été préalablement lié avec l'une des données corporelles comparées. Ainsi, ces bases de données biométriques sont autoréférencées et centrales puisque en cas de contradiction entre l'état civil déclaré par la personne et ses données biométriques, ce sont ces dernières qui priment. C'est en partant de ce modèle de fonctionnement que les différentes évolutions législatives ont accru le champ d'application de ce fichage génétique. Précédemment limité à certaines catégories de crimes désormais généralisées à la quasi-totalité des crimes et délits.

612. Cette extension s'est d'ailleurs accompagnée, d'un accroissement des personnes susceptibles de faire l'objet d'un tel fichage, avec notamment la création d'une catégorie *ad hoc*, inconnue du droit pénal classique : le mis en cause.

Ces extensions, traduisent alors une mutation de la finalité première du fichier. Il s'agit alors, pour le législateur de hâter un fichage non pas de masse, mais massifié à l'ensemble des personnes susceptibles de commettre une infraction. La prévention de la récidive, voire du premier acte délinquant, est en passe de devenir la fonction principale de ce fichier, qui ne peut plus, désormais, être considéré comme un simple élément d'enquête.

613. Mais, cette « négation » de l'état civil, est beaucoup plus prégnante dans un autre champ de compétence étatique : la police des étrangers.

Titre 2. La biométrie comme fondement de la localisation

614. Désormais séparée de l'état civil, les systèmes biométriques utilisés pour les activités de police, qu'elle soit administrative ou judiciaire, connaissent pourtant une nouvelle finalité latente, directement dérivée de cette séparation.

615. Effectivement, si l'identification est au sein des fichiers de police la fonction principalement poursuivie, il est possible de constater que cette dernière, autonome de l'état civil, se fait à grande échelle par traitement automatisé. Seule la correspondance entre les empreintes ou traces compte, l'identité étant déterminée *a posteriori* comme conclusion du syllogisme. Pourtant, cette identification autonome, se double, la position du capteur étant toujours connue, de la création d'une nouvelle donnée, conclusion de la comparaison : la localisation de la personne physique.

616. Dès lors, la question de la prise en compte de cette fonction de la biométrie par le droit reste ouverte. Et il est possible de constater que la fonction localisatrice de la biométrie a d'abord été mise en place aux frontières, pour désormais être présente sur le territoire national. Pourtant, si cette distinction est de nature chronologique, elle implique aussi une différence de régime. Car si la localisation sur le territoire national s'applique à toutes les personnes, celle à la frontière se base sur une distinction structurelle entre nationaux et étrangers.

617. Annonce du plan. Historiquement la localisation a été mise en place pour les étrangers, afin de pouvoir les localiser aux frontières (chapitre 1), pourtant les récentes évolutions de la criminalité ont amené l'État à exercer cette fonction sur le territoire national (chapitre 2) et non plus uniquement à son entrée.

Chapitre I. La localisation des personnes physiques à l'entrée du territoire national

618. Toute interrogation sur la localisation à l'extérieur du territoire ne peut faire l'économie d'un questionnement sur la notion de frontière. Et si certains auteurs ont anticipé sa disparition¹⁶²³ ou *a minima* son atténuation dans certains espaces géographiques¹⁶²⁴, il est possible de constater qu'aujourd'hui un mouvement inverse de renforcement des frontières est à l'œuvre. Ce dernier, fils de l'actualité, est motivé par la volonté de lutter contre les migrants illégaux et leurs passeurs, l'effondrement de certains États africains ainsi que la multiplication des guerres dans cette région du monde, conduisent directement à la multiplication des « boat people », non plus à des milliers de kilomètres de la France, mais aux portes de l'Europe. Le processus de surveillance accrue des frontières s'est développé afin, notamment de lutter contre la grande criminalité et plus précisément contre le terrorisme. Ce processus de renforcement se retrouve tant philosophiquement¹⁶²⁵ que juridiquement. Ainsi, ce n'est certainement pas un hasard si le règlement permettant la mise en place du système d'information Schengen¹⁶²⁶ de seconde génération date de fin 2001. D'ailleurs, c'est autour de cette date que la question du fichage aux frontières a progressivement mutée à l'échelon international¹⁶²⁷.

619. Définie par le Littré comme les « *limites qui séparent un État d'un autre État* »¹⁶²⁸, la frontière est classiquement considérée comme la ligne de séparation entre le ressort d'application d'un droit national et celui d'un État tiers. Et même les éléments qualifiés juridiquement « d'extraterritoriaux », qu'ils soient compétence universelle¹⁶²⁹

¹⁶²³ F. FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*. Flammarion, 2008, p. 451.

¹⁶²⁴ S. P. HUNTINGTON, *Le choc des civilisations*. Odile Jacob, 2007, p. 402.

¹⁶²⁵ R. DEBRAY, *Eloge des frontières*. Editions Gallimard, p. 91.

¹⁶²⁶ Règlement (CE) n° 2424/2001 du Conseil du 6 décembre 2001 relatif au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II) Journal officiel n° L 328 du 13/12/2001 p. 0004

¹⁶²⁷ Voir notamment les recommandations de l'Organisation internationale de l'aviation civile.

¹⁶²⁸ Article « frontière » in É. LITTRÉ, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, p. 1839.

¹⁶²⁹ Comme le remarque la Cour européenne des droits de l'Homme concernant l'articulation d'une telle compétence avec le droit national » *de l'avis de la Cour, l'impérieuse nécessité de l'interdiction de la torture et de la poursuite éventuelle des personnes qui enfreignent cette règle universelle, ainsi que l'exercice par*

ou conséquence de l'application d'une Convention¹⁶³⁰, ne remettent pas structurellement en cause cette caractéristique¹⁶³¹.

620. Quant au droit de la Convention européenne des droits de l'homme, il mobilise le concept « d'extraterritorialité » dans deux hypothèses. Tout d'abord, pour imputer un acte à un État, puisqu'en application de l'article 1¹⁶³² de la Convention, il convient de déterminer que l'État défendeur est « la juridiction compétente ». Et si la Cour a considéré que cette notion était définie principalement *ratione loci*¹⁶³³, ce n'est que par exception qu'elle a considéré que les actions, en dehors du territoire national, du personnel diplomatique¹⁶³⁴ ou des militaires¹⁶³⁵, pouvaient être imputées à l'État.

621. Quant à l'hypothétique existence d'un effet extraterritorial rattaché¹⁶³⁶ à l'article 3¹⁶³⁷ de la Convention européenne des droits de l'homme, il s'agit davantage d'un abus de langage que d'une réelle qualification juridique. Dans la jurisprudence relative à cet article, la présomption qu'une personne pourrait subir des traitements inhumains ou

*un Etat signataire de la compétence universelle prévue par la Convention contre la torture, seraient vidés de leur substance s'il fallait retenir seulement la compétence juridictionnelle de cet Etat, sans pour autant admettre l'applicabilité de la législation pertinente dudit Etat. A n'en pas douter, écarter cette législation au profit de décisions ou de lois de circonstance adoptées par l'Etat du lieu des infractions, agissant pour protéger ses propres ressortissants ou, le cas échéant, sous l'influence directe ou indirecte des auteurs de ces infractions, en vue de les disculper, conduirait à paralyser tout exercice de la compétence universelle et réduirait à néant le but poursuivi par la Convention du 10 décembre 1984 ». CEDH 17 mars 2009, Ould Dah contre France, n° 13113/03 . voir notamment : A. Gogorza, Compétence universelle et réconciliation sociale, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2. pp. 353 – 363, 2010. J.-F. Renucci, La CEDH consacre le principe de la compétence universelle, *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 23. pp. 1573 – 1575, 2009.*

¹⁶³⁰ CEDH, *Soering c. RU*, 7 juillet 1989, n°14038/88.

¹⁶³¹ Concernant l'existence marginale dans certains États d'une compétence universelle, notamment celle rattachée à la Convention contre la torture de 1984, au crime de génocide ou aux crimes de guerre, deux constatations s'imposent : les juridictions compétentes ne produisent pas d'effet extraterritorial, l'exécution de leur décision s'arrête à la frontière. Ensuite, cette compétence, aussi porteuse politiquement soit-elle, est source de débat, notamment eu égard au principe d'engagement inter partes des traités internationaux. Ce questionnement prenant aujourd'hui la forme d'un refus, ou d'une acceptation très limitée par les États du *jus cogens*.

¹⁶³² « *Obligation de respecter les droits de l'homme -Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention: [...] »*

¹⁶³³ Voir concernant le refus de considérer l'Andorre comme relevant, *ratione loci*, des juridictions espagnoles et françaises : CEDH, *Droz et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, n°12747/87.

¹⁶³⁴ CEDH, *Banković et autres*, 12 décembre 2001 , n°52207/99.

¹⁶³⁵ CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, n°15318/89.

¹⁶³⁶ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, n°14038/88

¹⁶³⁷ « *Interdiction de la torture Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »*

dégradants dans un pays tiers à la Convention suffit à faire condamner un État en cas d'extradition. Ainsi, la Cour a considéré qu'un risque de tortures¹⁶³⁸, d'une condamnation à la peine de mort¹⁶³⁹ ou le transit sur son territoire d'une personne amenée à Guantánamo¹⁶⁴⁰ constituaient une violation de l'article 3. Pourtant, ces espèces ne donnent pas de caractère extraterritorial *stricto sensu* à la Convention puisque le requérant est bien, au moment de la violation de la Convention, sur le territoire d'un État membre à cette dernière¹⁶⁴¹.

622. Dès lors, en l'absence d'effet juridique extraterritorial *stricto sensu*, l'existence de la frontière est l'unique élément déterminant l'étendue territoriale de la souveraineté de l'État. C'est dans cette perspective que le droit international est venu encadrer tant son existence que son tracé. Concernant son tracé, tout d'abord la CIJ a interdit l'existence des zones frontière¹⁶⁴², une frontière devant nécessairement être une ligne. Quant à son existence, l'interdiction des *débélatio*, le principe d'intangibilité¹⁶⁴³ et d'inviolabilité des frontières¹⁶⁴⁴, le fameux *uti possidetis juris* impliquent non seulement l'impossibilité de sa disparition, mais assure le maintien de son tracé ; il ne peut être dérogé à ce dernier principe qu'en cas d'accord entre les pays frontaliers.

¹⁶³⁸ CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, n°22414/93.

¹⁶³⁹ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, n°14038/88 ; CEDH, *Jabari c. Turquie*, 11 juillet 2000, n° 40035/98.

¹⁶⁴⁰ « La Pologne a coopéré à la préparation et à la mise en œuvre des opérations de remise, de détention secrète et d'interrogatoire menées par la CIA sur son territoire et aurait dû savoir que, en permettant à la CIA de détenir de telles personnes sur son territoire, elle leur faisait courir un risque sérieux de subir des traitements contraires à la convention [européenne des droits de l'homme] » CEDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, requête n° 28761/11 et CEDH, *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, requête n° 7511/13.

¹⁶⁴¹ Comme le remarque la Cour » *Dès l'instant où un Etat, par le biais de ses agents opérant hors de son territoire, exerce son contrôle et son autorité sur un individu et par voie de conséquence sa juridiction, pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, il est maintenant admis par la Cour que les droits découlant de la Convention peuvent être « fractionnés et adaptés »* »CEDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n°27765/09.

¹⁶⁴² Voir notamment : CIJ, 15 juin 1962, *temple de Préah vihéar*

¹⁶⁴³ Dans cette perspective l'article 11 de la convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités du 22 août 1978 précise » *Une succession d'Etats ne porte pas atteinte en tant que telle : a) A une frontière établie par un traité; ni b) Aux obligations et droits établis par un traité et se rapportant au régime d'une frontière.* »

¹⁶⁴⁴ Article 2§ 4 de la Charte des Nations Unies » *Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.* »

623. Pourtant, au-delà de cette approche quasi canonique, au sein de l'espace Schengen les frontières ont été divisées en deux catégories juridiques distinctes¹⁶⁴⁵ : internes et externes. Seules les frontières externes de l'UE recoupant alors au sens de la Convention de Schengen la définition précédemment donnée au concept général de frontière. Définie négativement à l'article 1 de la Convention Schengen, la détermination des règles juridiques attenantes aux frontières extérieures est une compétence de l'Union.

624. Maintenant que la question de l'existence juridique de la frontière a été précisée, nous pouvons nous intéresser à son utilisation juridique. Et dans cette approche fonctionnaliste, la frontière semble être sujette à une aporie. Effectivement, il est possible de dégager deux fonctions à la frontière en rapport avec le statut juridique des personnes, laisser passer les nationaux¹⁶⁴⁶ et filtrer l'accès des étrangers.

625. Cette double fonction se retrouve d'ailleurs dans l'utilisation de système biométrique à la frontière. En effet, il est possible de distinguer, dans une première approche simplifiée, leurs utilisations pour les nationaux ou assimilés de celles qui prédominent pour les étrangers. Dans les premiers cas, les systèmes biométriques ont pour fonction de s'assurer de la validité du titre d'identité contenant lui-même des éléments d'état civil¹⁶⁴⁷. Dans la seconde hypothèse, applicable aux étrangers, la biométrie remplace l'état civil, seule l'identité créée par cette dernière ayant force « probante » pour l'État. Et cette force probante trouve à s'exprimer à tous les niveaux, que ce soit au niveau du dépôt du dossier, de la délivrance d'un titre de séjour ou des conséquences d'une acceptation ou d'un refus. Ainsi, la fonction première de la biométrie est d'authentifier le

¹⁶⁴⁵ « Frontières intérieures: les frontières communes terrestres des Parties contractantes, ainsi que leurs aéroports pour les vols intérieurs et leurs ports maritimes pour les liaisons régulières de transbordeurs qui sont en provenance ou à destination exclusives d'autres ports sur les territoires des Parties contractantes, sans faire escale dans des ports en dehors de ces territoires ; Frontières extérieures: les frontières terrestres et maritimes, ainsi que les aéroports et ports maritimes des Parties contractantes, pour autant qu'ils ne sont pas frontières intérieures ; » Article 1 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990.

¹⁶⁴⁶ Ainsi, s'explique l'interdiction de confisquer le passeport d'un national (CEDH, 22 mai 2001, *Baumann c. France*, n° 33592/96), même si ce principe connaît quelques exceptions notamment en matière de secret d'état (CEDH, 21 décembre 2006, *Bartik c. Russie*, n°55565/00). En France, l'article Article L224-1 du code de la sécurité intérieure, prévoit l'existence d'une interdiction administrative de quitter le territoire national « lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français ».

¹⁶⁴⁷ Voir *infra*. p. 263 et s.

document délivré par l'État pour le national et d'identifier la personne étrangère. Dans la mesure où, le Système d'Information Visas, permet de limiter le dépôt des dossiers aux primo demandant à l'échelon européen — condition vérifiée par comparaison biométrique¹⁶⁴⁸ - cantonnant ainsi, les refusés ou les demandeurs multiples aux frontières extérieures de l'Europe.

626. Pourtant, derrière cette séparation entre frontière applicable aux étrangers et frontière applicable aux nationaux, se cache en réalité toute une série de nuances allant des étrangers assimilés aux nationaux, aux ressortissants de pays membres de l'Union européenne, aux étrangers soumis à un contrôle spécial. À cet égard, la définition retenue dans la Convention Schengen de 1990 est frappante puisqu'elle considère comme étranger « toute personne autre que les ressortissants des États membres des communautés européennes »¹⁶⁴⁹. Ainsi, au regard de l'utilisation des systèmes biométriques à la frontière, ce nuancier est à préciser puisqu'il connaît depuis la Convention Schengen trois catégories : les nationaux et assimilés, les étrangers dispensés de visa et les ressortissants de pays dont l'entrée sur le territoire national est soumise à la possession d'un visa. Et il faut dans un premier temps, mettre la focale sur cette dernière catégorie eu égard à deux éléments.

Au terme d'une analyse très sommaire en science politique, il est possible de constater que si la biométrie sert une certaine « modernité liquide »¹⁶⁵⁰, permettant à ses membres de circuler plus facilement, elle implique en retour une complexité accrue à circuler pour les autres¹⁶⁵¹. Ainsi et c'est une analyse qui ne possède qu'une très faible portée juridique, se dessine progressivement un monde où les frontières sont à « géométries variables ». Ainsi les ressortissants du *Visa Waiver Programs*¹⁶⁵², par le jeu de la réciprocité des traités

¹⁶⁴⁸ Décision du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS) (2004/512/CE).

¹⁶⁴⁹ Article 1 de la Convention d'application de l'accord de Schengen (19 juin 1990)

¹⁶⁵⁰ L'expression est de ZIGMUNT BAUMAN, cité par A. CEYHAN, « Lutte contre le terrorisme : la technologie n'est pas neutre », *Rev. dalloz/IRIS*, vol. n°74, 2009. p. 20.

¹⁶⁵¹ « L'union européenne prétend avoir fait tomber les frontières. En réalité, celles-ci n'ont jamais été aussi prégnantes, même si elles demeurent invisibles à la plupart des voyageurs ». E. L'Helgoualc'h, *Panique aux frontières*. Max Milo, 2011.

¹⁶⁵² Programme exemptant de visas les ressortissants de 38 pays pour accéder au territoire des États-Unis d'Amérique. En vertu du principe de réciprocité, les Américains sont aussi exemptés de visas dans les pays membres de ce programme. Pourtant, en modifiant les exigences techniques pour être admissibles à ce

ne sont soumis qu'à des frontières plus symboliques que pratiques, quand les ressortissants des États non-membres, eux en sont exclus. Paradoxalement, si pour les ressortissants d'un nombre restreints de pays – membres de l'OCDE, du G8, membre de L'Union européenne, la circulation s'est libérée, pour les autres, elle s'est fortement complexifiée. D'ailleurs, ces évolutions se sont faites sous couvert d'une technicisation du droit, sans réel contrôle démocratique¹⁶⁵³. Les finalités mises en place pour les systèmes biométriques authentification du document pour le national et identification de l'étranger sont à cet égard révélatrices de cette dichotomie dans l'appréhension des frontières.

627. Ainsi, le recours à la biométrie concernant les nationaux poursuit avant tout une fonction d'authentification des documents d'identité et n'implique pas d'analyses autres que celles qui ont déjà été menées¹⁶⁵⁴. En revanche, l'utilisation de systèmes biométriques aux frontières extérieures de l'UE pour les étrangers permet de s'interroger sur la biométrie non plus comme un moyen d'authentification, mais bien comme un moyen d'identification, cette dernière créant une identité distincte de l'état civil et basée sur le corps. Et c'est cette fonction appliquée en temps réel qui ouvre pour le responsable du traitement la possibilité de localiser à la frontière une personne préalablement enregistrée.

628. Pourtant, le contrôle des frontières extérieures comme compétence d'attribution de l'Union, en application du principe de subsidiarité c'est d'abord développé concernant la biométrie pour la gestion des visas (section I) pour ultérieurement évoluer (section II).

programme – passage du passeport électronique au passeport biométrique- les États-Unis ont parfois forcé la main de l'UE, dans l'utilisation de certaines technologies.

¹⁶⁵³ S. PREUSS-LAUSSINOTTE, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*. L.G.D.J., 2000. p.426.

¹⁶⁵⁴ Cf. *infra*. p. 285 et s.

Section 1. L'émergence d'une base de données biométrique pour contrôler les frontières.

« *La frontière (c'est-à-dire le tracé entre un dedans et un dehors inscrit dans le rapport institué entre nation/identité/territoire et État) est désormais inscrite à même le « corps » des individus au sein de l'espace géré depuis les nœuds des grands dispositifs techniques* »¹⁶⁵⁵ ; ces conséquences décrites par G. DUBEY de l'utilisation de la biométrie dans les dispositifs relatifs aux étrangers se révèlent particulièrement pertinentes concernant le Système d'Information Visas.

629. Sur un temps long, remontant à avant la naissance de l'espace Schengen¹⁶⁵⁶, la question de la localisation des étrangers à la frontière a juridiquement évolué à au moins deux égards. Tout d'abord, la délimitation du concept de frontière a muté puisqu'il est désormais entendu comme les « frontières extérieures de l'Europe »¹⁶⁵⁷, c'est-à-dire « *les frontières terrestres et maritimes, ainsi que les aéroports et ports maritimes des Parties contractantes, pour autant qu'ils ne sont pas frontières intérieures* ». Cette évolution a ensuite concerné les instruments juridiques mis en place pour organiser cette compétence et notamment leur place dans la hiérarchie des normes : autrefois du domaine de la loi, désormais du ressort du droit européen primaire et dérivé.

630. Aujourd'hui, l'autorisation faite à une personne étrangère de séjourner sur le territoire national peut prendre trois formes juridiques : l'asile, l'obligation de détenir un visa et la simple obligation de détenir un passeport. Concernant les différentes catégories de visas, aujourd'hui codifiées à l'échelon européen¹⁶⁵⁸, un Règlement (CE) du 15 mars

¹⁶⁵⁵ G. DUBEY, « Nouvelles techniques d'identification, nouveaux pouvoirs. Le cas de la biométrie », *Cah. Int. Sociol.*, vol. 125, 2008, p. 263.

¹⁶⁵⁶ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes. *Journal officiel* n° L 239 du 22/09/2000 p. 0019 - 0062

¹⁶⁵⁷ Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation *Journal officiel* n° L 081 du 21/03/2001 p. 0001 - 0007

¹⁶⁵⁸ Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas

2001, mis à jour la dernière fois en 2006¹⁶⁵⁹, vient préciser que ces derniers ne sont exigibles que pour les ressortissants des états n'appartenant pas à une « liste blanche ». Cette dernière se compose, notamment, des pays membres de l'OCDE, des pays membres de l'UE, des pays candidats, ainsi que de certains pays d'Amérique latine et centrale ces ressortissants étant exemptés de visa au profit d'une obligation de présentation d'un simple passeport. Pour un total de 41 pays, les ressortissants des 140 pays restants étant soumis à l'obligation de posséder un visa. Pourtant, il existe des dérogations en fonction du statut de demandeur. Ainsi, les Russes voulant se rendre dans l'enclave de Kaliningrad ainsi que les athlètes olympiques – depuis les Jeux olympiques d'Athènes sont dispensés de Visa. Récemment, des dispositions particulières ont été prises quant à la suppression de l'obligation de visas pour les touristes chinois.

631. Pourtant, depuis 2001, l'évolution de ce système est déterminée par des enjeux extérieurs au simple contrôle des étrangers. À cet égard, la déclaration du Conseil européen du 25 mars 2004, a lié le contrôle de la mobilité des personnes et notamment des étrangers, à la lutte contre le terrorisme. Et cette connexion n'est pas sans conséquence, comme le remarque V. Mitsilegas « *Cette intensification de la surveillance du mouvement, réalisée par l'élargissement (en augmentant les échanges des données personnelles) et l'approfondissement (en introduisant la biométrie) des contrôles, semble contredire certaines dynamiques à l'œuvre au sein de l'UE notamment en ce qu'elle se veut un espace de libre circulation et de faible contrôle aux frontières.* »¹⁶⁶⁰. Ainsi, se trouve explicité le dilemme européen après les attentats de 2001 et sur son sol en 2004 et 2005. L'espace Schengen a été conçu comme un espace sans entrave, fondé sur le principe de libre circulation, et pourtant, ces éléments fondateurs se retrouvent aujourd'hui concurrencés par une autre logique antagoniste : la surveillance des personnes afin de détecter et prévoir les actes terroristes. Cette gestion des flux de personnes, notamment des étrangers, a peu à peu représenté un enjeu central pour la lutte

¹⁶⁵⁹ Règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation

¹⁶⁶⁰ V. MITSILEGAS, « Contrôle des étrangers, des passagers, des citoyens : surveillance et anti- terrorisme », *Cult. conflits*, vol. 60, numéro hiver 2005, 2010, p. 185.

contre le terrorisme que ce soit pour les institutions internationales¹⁶⁶¹ ou la Doctrine qui a retracé cette évolution¹⁶⁶².

632. Dès lors, l'utilisation de la biométrie connaît un cadre juridique différent de celui en vigueur pour les passeports, qu'il convient alors de retracer et d'interroger. Car en matière d'étranger, l'utilisation de la biométrie s'est progressivement détachée de tout lien avec l'état civil. Créant désormais une identification totalement autonome, cette dernière permettant de localiser la personne à l'extérieur des frontières de l'Union et dans certaines hypothèses limitatives à l'intérieur même du territoire européen.

633. Aujourd'hui, c'est le système d'information Visa qui permet cette localisation binaire. Il s'agit d'une base de données à double échelon national et transnational. Et cette dichotomie matérielle permet aussi d'aborder pédagogiquement ce fichier. Dès lors, la mise en place de cette base de données à l'échelon européen (Paragraphe I) est dépendante de sa mise en œuvre à l'échelon national, connu en France sous le nom de Visabio (Paragraphe II).

Paragraphe 1. Le système d'information sur les visas

La compétence en matière de délivrance en matière de visa fut historiquement transférée des États à la Communauté par l'article 100¹⁶⁶³ du traité de Maastricht, présenté

¹⁶⁶¹ Les documents d'identité et de voyage et la lutte contre le terrorisme: recommandation Rec (2005)7 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 30 mars 2005 et exposé des motifs. Council of Europe, 2005, p. 28.

¹⁶⁶²M. DELMAS-MARTY, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Seuil, p. 286.

¹⁶⁶³ « Article 100 C 1. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, détermine les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres. 2. Toutefois, dans le cas où survient dans un pays tiers une situation d'urgence confrontant la Communauté à la menace d'un afflux soudain de ressortissants de ce pays, le Conseil peut, statuant à la majorité qualifiée sur recommandation de la Commission, rendre obligatoire, pour une période ne pouvant excéder six mois, l'obtention d'un visa par les ressortissants du pays en question. L'obligation de visa instaurée par le présent paragraphe peut être prorogée selon la procédure visée au paragraphe 1. 3. A compter du 1er janvier 1996, le Conseil adoptera à la majorité qualifiée les décisions visées au paragraphe 1. Avant cette date, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête les mesures relatives à l'instauration d'un modèle type de visa. 4. Dans les domaines visés au présent article, la Commission est tenue d'instruire toute demande formulée par un État membre et tendant à ce qu'elle fasse une proposition au Conseil. 5. Le présent article ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. 6. Le présent article est applicable à d'autres sujets s'il en est ainsi décidé en vertu de l'article K.9 des dispositions du traité sur l'Union européenne relatives à la coopération dans les domaines

dès l'article 2 comme étant une condition de réalisation « *d'un marché commun, d'une union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes* »¹⁶⁶⁴. Et dès 1995¹⁶⁶⁵, le droit communautaire est venu préciser : la liste des personnes soumises à l'obligation de détention d'un visa¹⁶⁶⁶, les modalités techniques ainsi que la procédure de délivrance. Pourtant, ce n'est qu'après le Conseil européen de Laeken en juin 2002 que la création d'une base de données centralisée concernant les demandeurs de visa sera actée puisque prévue dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Dans cette perspective, le Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002 a considéré que « *l'établissement d'un système commun d'identification des données relatives aux visas était une priorité absolue* »¹⁶⁶⁷. Ce dernier est devenu pleinement fonctionnel, sous le nom de système d'information Visa le 11 octobre 2011. Composé de bases de données étatiques et d'une base de données centrale à l'échelon européen¹⁶⁶⁸, installé à Strasbourg¹⁶⁶⁹, le VIS est aujourd'hui avec plus de 80 millions de personnes fichées, la plus grande base de données biométrique du monde. Pourtant, il ne faut pas considérer cette base de données comme la simple résultante de l'agglomération de l'ensemble des informations contenues dans les Visas standardisés à l'échelon européen. Au-delà, si ces données font l'objet d'un enregistrement, il est possible de constater que le système d'information Visa contient plus d'information que les documents d'identité puisque la création de données, notamment biométrique, se fait au

de la justice et des affaires intérieures, sous réserve des conditions de vote déterminées en même temps. 7. Les dispositions des conventions en vigueur entre les États membres régissant des matières couvertes par le présent article restent en vigueur tant que leur contenu n'aura pas été remplacé par des directives ou par des mesures prises en vertu du présent article ».

¹⁶⁶⁴ Cette mise en place avant « l'acquis Schengen » implique que l'ensemble des pays de l'UE et non pas uniquement ceux de la zone Schengen sont soumis à la standardisation de ces visas.

¹⁶⁶⁵ Règlement CE n°2317/95 du Conseil, 25 septembre 1995,

¹⁶⁶⁶ Cette liste est pourtant susceptible d'évoluer puisqu'aux termes de l'article 1§4 du règlement du 15 mars 2001, il existe une condition de réciprocité dans le traitement des ressortissants,

¹⁶⁶⁷ Décision du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS) (2004/512/CE).

¹⁶⁶⁸ « *Le système d'information sur les visas repose sur une architecture centralisée et comprend un système d'information central, ci-après dénommé « le système central d'information sur les visas » (CS-VIS), une interface dans chaque État membre, ci-après dénommée « l'interface nationale » (NI-VIS), qui assure la connexion avec l'autorité centrale nationale compétente de l'État membre concerné et l'infrastructure de communication entre le système central d'information sur les visas et les interfaces nationales* ». Article 1 de la Décision du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS) (2004/512/CE).

¹⁶⁶⁹ Article 27 du Règlement (CE) n°767/2008 du parlement européen et du conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS)

moment de la demande et non de la délivrance du titre. Dès lors, cette base de données contient aussi les informations relatives aux personnes refusées.

Et, si les finalités de cette base de données centrale méritent d'être analysées (Paragraphe 1), les conséquences de l'utilisation de la biométrie par ces dernières ne doivent pas pour autant être minorées (paragraphe 2).

A. Les finalités des systèmes d'enregistrement d'information des étrangers à l'échelon européen.

Lors des premiers travaux concernant la mise en place du système d'information Visa, même les plus pessimistes des commentateurs n'auraient pu prévoir la prodigieuse évolution de ce fichier qui représente aujourd'hui la plus grande base de données biométrique mondiale. Présenté non comme une fin en soi, mais comme un moyen « *d'améliorer la mise en œuvre de la politique commune en matière de visa* »¹⁶⁷⁰, par l'échange d'information, le système d'information Visa connaît près d'une dizaine de finalités dont le développement est un indicateur de l'évolution de cette politique commune.

Ainsi, si les finalités qui ont présidé à la création de cette base de données sont relativement classiques (A), ces dernières se sont progressivement enrichies au nom de ce que certains auteurs ont conceptualisé comme « continuum de sécurité » (B).

1. Les finalités classiques

Ces finalités classiques, sont celles qui, originaires, ont présidé à la constitution du VIS que ce soit dans sa dimension personnelle (le demandeur) que dans son instrument (le visa). Concernant ces dernières, une typologie en deux axes peut être mise en place. En effet, il est possible de distinguer les finalités inhérentes au document (1) de celles ayant pour objet les personnes (2).

¹⁶⁷⁰ Article 2 du Règlement (CE) n°767/2008

a. Les finalités relatives au document délivré

Dans les finalités de cette base de données relatives aux visas, il faut faire une autre distinction concernant le document délivré. En effet, leur standardisation et la biométrisation ont eu pour but de lutter contre l'altération des documents. Afin de se prémunir contre l'utilisation de faux visas et rendre impossible l'utilisation d'un vrai visa par un tiers. Effectivement, l'intérêt de la mise en base de données des informations contenues dans les visas réside justement dans la traçabilité que ce fichage offre.

634. Première finalité mise en avant : la lutte contre la fraude documentaire, cette dernière rejoint en matière de visa, le droit commun applicable aux titres d'identité¹⁶⁷¹ puisque lors du dépôt du dossier, l'une de ses conditions d'instruction pour la délivrance d'un visa porte sur la nature du visa. Dans cette perspective, le document de voyage présenté ne doit être ni faux ni falsifié¹⁶⁷². Et si cette fraude a précédemment hâté le développement d'un modèle de visa standardisé à l'échelon européen¹⁶⁷³, la mise en place du système d'information Visa a elle aussi contribué à lutter contre ce type de délinquance, en rendant inutile un faux visa. Puisqu'en cas de comparaison, ce dernier ne peut renvoyer à aucune information enregistrée dans la base de données centrale et serait donc instantanément démasqué. Quant à l'utilisation d'un vrai visa par un tiers, le recours à la biométrie permet d'empêcher ce type de pratique, l'absence de correspondance conduisant, là aussi, à un rejet par le système. Ainsi, le recours à une base de données centrale permet d'empêcher toute fraude à l'exception de celle impactant directement la base de données centrale.

De manière plus marginale, se développe une nouvelle pratique, interdite par le droit européen, dite du « visa shopping » c'est-à-dire le choix du pays de dépôt de demande afin de maximiser les probabilités d'acceptation. Cette pratique étant interdite afin « d'éviter que les critères de détermination de l'État membre responsable de

¹⁶⁷¹ Voir *infra*. p. 291 et s.

¹⁶⁷² Article 21 du code communautaire des visas.

¹⁶⁷³ Règlement (CE) n°1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers

l'examen de la demande ne soient contournés »¹⁶⁷⁴. Pourtant, si cette pratique est souvent évoquée par les instances européennes, elle est fortement limitée par l'obligation de déposer la demande depuis son pays d'origine¹⁶⁷⁵ vers le pays où la personne compte principalement se rendre. En outre, Comme le remarquent certains auteurs « *Certaines ONG ont fait remarquer que si l'État dans lequel on veut séjourner le plus longtemps, refuse de se déclarer compétent en considérant qu'il n'est pas l'État de destination principale et en désigne un autre, qui, lui-même, ne veut pas non plus regarder la demande de visa, on a des situations de « mise en orbite » où chaque consulat se renvoie la « balle ».* »¹⁶⁷⁶ Le demandeur insusceptible de trouver l'État compétent se retrouve alors dans l'impossibilité juridique de demander un visa.

Enfin, cet objectif de lutte contre le « visa shopping » est connexe à la lutte contre les demandes multiples dans différents États, pratique motivée par le sentiment du demandeur d'augmenter ses chances d'obtenir un visa. Mais, depuis l'instauration du Système d'Information Visas, cette crainte n'a plus aucune raison d'être puisque les informations du demandeur sont centralisées et comparées pour vérifier l'absence de requêtes multiples. Et si la comparaison se révèle positive, la demande est automatiquement refusée et l'existence d'une demande multiple fait l'objet d'un signalement.

b. Les finalités relatives aux personnes

Première fonction évidente relative aux personnes : permettre à l'État de contrôler ses frontières ainsi la personne doit prouver qu'elle a été acceptée à l'intérieur de ces dernières. Dans cette perspective, la première finalité déclarée du système d'information Visa est de « *faciliter la procédure de demande de visa* ». Deuxième finalité : la lutte contre l'usurpation d'identité ou la modification de sa propre identité, qui prend alors le caractère de Fraude. Concernant ces deux cas de figure, ce sont les données enregistrées

¹⁶⁷⁴ Article 2 du Règlement n°767/2008.

¹⁶⁷⁵ C'est la nature même du visa, en tant qu'autorisation temporaire de séjour, d'être demandé à partir du pays d'origine.

¹⁶⁷⁶ E. GUILD & D. BIGO, « La politique commune des visas : les luttes pour l'homogénéisation ou le maintien d'un réseau hétérogène ? », *Cult. conflits*, n°49, 01-Mar-2003, pp. 71-81.

lors du premier enregistrement et gravées dans le marbre de la base de données, qui déterminent l'ensemble des correspondances, biométriques futures. Dès lors, si la comparaison entre des données fiables contenues dans la base de données et celles de l'usurpateur dévoilait ce dernier, dans le cas de figure inverse, c'est la personne à qui appartient l'état civil qui sera considérée comme usurpatrice et se verra refuser l'accès. Cette relation bi-directionnel, implique une présomption de sincérité des premières informations enregistrées. Si cette présomption est nécessaire au bon fonctionnement du système, il est possible de constater que la personne dont l'identité a été usurpée se retrouve dans une situation *kafkaïenne*, dans la mesure où, elle peut elle-même être soupçonnée de fraude et n'a d'ailleurs, peut-être d'ailleurs même pas conscience que son identité a été usurpée.

Enfin, ce système d'information a aussi pour fonction de faciliter l'application de la convention de Dublin¹⁶⁷⁷ relative aux demandeurs d'asile qui connaît un champ d'application plus étendu que le système VIS puisqu'il comprend outre les états membres de l'Union européenne, la Norvège et l'Islande¹⁶⁷⁸. Concernant la gestion des demandeurs d'asile et la détermination de l'état responsable du traitement de la demande, il existe une base de données spécifique connue sous le nom d'Eurodac. Prévue dès 2000, cette base de données est organisée autour de la captation d'informations, notamment des empreintes digitales¹⁶⁷⁹ de « *chaque demandeur d'asile et de chaque étranger appréhendé à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure d'un État membre dans la mesure où il a au moins 14 ans* »¹⁶⁸⁰. Pourtant, la Commission s'est

¹⁶⁷⁷ Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, signée à Dublin le 15 juin 1990

¹⁶⁷⁸ Voir notamment l'accord présenté dans la Décision du Conseil du 15 mars 2001 concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur les critères et les mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans un État membre, en Islande ou en Norvège, Journal officiel n° L 093 du 03/04/2001 p. 0038 - 0039

¹⁶⁷⁹ dont le format a été précisé, afin de faciliter l'interopérabilité par le Règlement (CE) n° 407/2002 du Conseil du 28 février 2002 fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 2725/2000 concernant la création du système "Eurodac" pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, Journal officiel n° L 062 du 05/03/2002 p. 0001 - 0005

¹⁶⁸⁰ Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, Journal officiel n° L 316 du 15/12/2000 p. 0001 - 0010

montrée relativement critique sur l'utilisation de ce fichier par les États en constatant notamment « *L'inobservation systématique de l'obligation de relever les empreintes digitales des personnes entrant illégalement* »¹⁶⁸¹. Cette absence mettant en péril ou *a minima* empêchant une utilisation efficace d'un tel fichier. Ainsi, le fichier eurodac permet de déterminer l'État responsable du demandeur d'Asile puisqu'est considéré comme tel le premier État où les empreintes digitales de la personne ont été enregistrées¹⁶⁸².

Mais, au-delà de ses finalités, relativement classiques pour un tel fichier, au tournant des années 2000 et suite aux attentats du 11 septembre 2001, est apparue une finalité étrangère à la gestion stricto sensu des migrations, notamment, en rapport avec une acception large de la sécurité.

2. Les apports du continuum de la sécurité

Si certaines technologies induisent dans leur utilisation des effets présentant des possibilités d'utilisation différentes de celles pour lesquelles elles ont été prévues¹⁶⁸³, ce n'est certainement pas un hasard si la première demande du Conseil concernant la mise en place de ce qui deviendra le système d'information Visa a eu lieu moins de 10 jours après les attentats du 11 septembre 2001. D'ailleurs, ce qui est devenu par le Conseil de LAEKEN¹⁶⁸⁴ une « *priorité* » a fait l'objet d'une certaine ambiguïté quant à son utilisation pour d'autres finalités que la simple gestion des visas. En effet, l'irruption de la lutte contre le terrorisme et les formes aggravées de criminalité a « décalé » la fonction

¹⁶⁸¹ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, SEC(2007) n°742 2007.

¹⁶⁸² Voir comme illustration récentes : CE, 27 janvier 2015, n° 387371. CE, 27 juin 2014, n° 381373 et CE 13 mai 2014, n°379594

¹⁶⁸³ A. CEYHAN, « Lutte contre le terrorisme : la technologie n'est pas neutre », *Rev. Int. Strat.*, vol. 74, n°2, 10 Jun-2009, p. 18.

¹⁶⁸⁴ Voir notamment la déclaration de Laeken du 15 décembre 2001 « *L'image d'une Europe démocratique et engagée dans le monde correspond parfaitement aux vœux du citoyen. Celui-ci a fait savoir à maintes reprises qu'il souhaitait que l'Union joue un plus grand rôle dans les domaines de la justice et de la sécurité, de la lutte contre la criminalité transfrontière, de la maîtrise des flux migratoires, de l'accueil des demandeurs d'asile et des réfugiés en provenance de zones de conflit périphériques* ».

première du VIS, passant de la protection contre la fraude documentaire, au suivi des personnes.

Cette focale sur les personnes s'est traduite par l'émergence d'un concept : continuum de sécurité. Sous cette appellation, les auteurs visent l'entrecroisement des finalités qui conduit à leur synthèse sous l'égide d'une notion globale de sécurité. Et ce continuum de la sécurité correspond juridiquement à un changement soit des finalités soit des possibilités de consultation d'une base de données à caractère personnel. D'ailleurs, ces deux éléments sont souvent imbriqués. Concernant un domaine connexe, celui des passeports biométriques, la CJUE, s'est d'ailleurs refusé à obliger les États à respecter un principe de finalité (à savoir l'authentification) pour leur utilisation des bases de données centrales, au profit d'une application très restrictive puisque désormais inexistante en la matière de la charte des droits fondamentaux¹⁶⁸⁵. Ainsi, cette séparation entre le droit applicable aux données biométriques et le droit commun des données personnelles a pour conséquence la possibilité pour l'État d'utiliser différemment des données sensibles. Dans son arrêt du 16 avril 2015 la CJUE considère qu'aucune norme communautaire n'interdit la réutilisation pour d'autres finalités des empreintes digitales prélevées pour la délivrance d'un titre d'identité. Dans cette perspective, l'encadrement et la protection juridiques qui avaient assuré la légalité du fichier sont altérés et un nouvel équilibre est créé, au sein duquel le curseur tend davantage vers la protection de l'ordre public au détriment des droits fondamentaux. La Décision 2008/633/JAI du Conseil est, à cet égard, révélatrice. Ainsi, à la suite des conclusions de la session du 7 mars 2005 du Conseil elle prévoit la mise en place d'un accès garanti « *aux autorités des États membres compétentes en matière de sécurité intérieure* » notamment en ce qui concerne le

¹⁶⁸⁵ CJUE, 4^{ème} chambre, 16 avril 2015, *W. P. Willems (C-446/12) contre Burgemeester van Nuth, H. J. Kooistra (C-447/12) contre Burgemeester van Skarsterlân*

terrorisme¹⁶⁸⁶ et les infractions pénales graves¹⁶⁸⁷. Et, pour ce faire deux procédures sont mises en place. La première suppose, afin d'« *exclure un accès systématique* », l'instruction de la demande, pour vérifier que l'ensemble des conditions soit rempli. Dans cette perspective, l'article 5 de la décision 2008/ 633¹⁶⁸⁸ prévoit l'existence de trois conditions cumulatives. La consultation doit être nécessaire à la prévention ou à l'enquête des infractions, elle ne peut être réclamée que pour un cas déterminé et enfin il faut qu'il y ait un motif raisonnable de considérer que la consultation aura un effet significatif sur la détection ou sur l'enquête. Mais, en cas « *d'urgence exceptionnelle* », la temporalité du régime juridique s'inverse et ce régime d'autorisation préalable se transforme en un régime d'autorisation *a posteriori*, sans sanction en cas de violation de l'article 5. Toujours concernant l'évolution des finalités, le développement de l'objectif de lutte contre l'immigration clandestine rejoint cette idée de continuum de sécurité dans la mesure où la fonction première du VIS – la gestion des visas — est détournée pour identifier les personnes qui ne possèdent pas de visa, sur le territoire des États membres.

¹⁶⁸⁶ Concernant la définition du terrorisme, c'est la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme qui considère comme terroriste une infraction commise dans le but de « *gravement intimider une population ou contraindre indument des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale; a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort; b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne; c) l'enlèvement ou la prise d'otage; d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plateforme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables; e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises; f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement; g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines; h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines; i) la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à h).* »

¹⁶⁸⁷ Pour une liste exhaustive de ses derniers, voir l'article 2§ 2 de la Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre

¹⁶⁸⁸ Décision 2008/633/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités désignées des États membres et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière

D'ailleurs, sous l'influence du continuum de sécurité, la liste des personnes bénéficiant d'un accès sécurisé au système d'information s'accroît aussi. Ainsi, indépendamment de toute liste d'infractions déterminées, l'article 7 de la décision n° 2008/ 633 prévoit que ce sont les « *limites de la mission* » d'EUROPOL qui déterminent ses possibilités d'accès au VIS.

Dès lors, le continuum de sécurité brouille d'autant les distinctions organiques et fonctionnelles au sein des institutions. Comme le constate V. Mitsilegas « *Le Conseil a aussi soutenu l'autorisation d'accès au VIS inter alia par les gardes-frontières et autres autorités nationales, comme les services policiers, les services d'immigration et les services responsables de la sécurité intérieure. C'est un autre exemple du « continuum de la sécurité » dans le discours politique de l'Union européenne...* »¹⁶⁸⁹.

Cette omniprésence de la sécurité justifiant des atteintes aux libertés fondamentales trouve dans d'autres parties du globe des transcriptions juridiques beaucoup plus problématiques¹⁶⁹⁰. Au nom de cet impératif, les États multiplient les catégories juridiques pour contourner les protections offertes par ces dernières en matière de droits fondamentaux¹⁶⁹¹. Dans une moindre mesure, ce processus est aussi à l'œuvre au sein de l'Union puisque, après la rupture qu'a constitué l'apparition d'un « hyperterrorisme »¹⁶⁹² le 11 septembre 2001, on assiste à une assimilation *de facto* entre l'immigrant, le sans-papiers, le criminel et le terroriste. Ainsi, juridiquement, le continuum de sécurité prend la forme d'un continuum des qualifications. Et cette évolution s'est incarnée tant dans le changement de finalité des bases de données que dans la similitude des moyens employés, notamment biométriques.

¹⁶⁸⁹ V. MITSILEGAS, « Contrôle des étrangers, des passagers, des citoyens : surveillance et anti- terrorisme », *Cult. conflits*, vol. 60, numéro hiver 2005, 2010, p. 187.

¹⁶⁹⁰ Voir au sujet de la « détention perpétuelle » J. BUTLER, *PRECARIOUS Life: The Powers of Mourning & Violence*. Verso, 2006, p. 168. Cité par G. DE LAGASNERIE, *L'art de la révolte: Snowden, Assange, Manning*. Fayard, 2015, p. 220.

¹⁶⁹¹ G. AGAMBEN, *État d'exception*. Seuil, 2003, p. 151.

¹⁶⁹² A. MARSAUD. , rapport relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, Assemblée nationale, n°2861, p.17.

B. La généralisation du recours à la biométrie pour identifier et localiser les individus.

Omniprésente et connotée positivement dans les discours institutionnels à l'échelon européen, la biométrie mise en place pour contrôler les migrations est centrée autour d'une donnée à opaque : *les empreintes digitales*. Si ce choix ne surprend guère au regard de son universalité et de sa fiabilité technique, il a, en revanche, entraîné un certain nombre de comportements de la part des demandeurs, notamment dans le cadre de l'asile, pour contourner le système, tels ces migrants qui effacent à l'acide leurs empreintes digitales pour éviter toute identification¹⁶⁹³.

Pourtant, au-delà des drames humains, l'utilisation de la biométrie a d'abord été perçue comme un « apport » de la standardisation des visas, avant que la mise en base de données des demandes de visa, par le biais du Système d'Information Visas, conduise à une nouvelle utilisation de ces systèmes, non plus uniquement pour authentifier les documents (1), mais aussi, et peut-être avant tout, pour identifier les demandeurs de visa (2).

1. La mise en place d'un cadre pour l'Union européenne : la biométrie authentifiant les visas

635. Première étape à la biométrisation des visas, l'adoption d'un modèle standard de visa. Prévue par le règlement (CE) N° 1683/95 du Conseil du 29 mai 1995 établissant un modèle type de visa afin de permettre que ce dernier « *contienne toutes les informations nécessaires et qu'il réponde à des normes techniques de très haut niveau, notamment en ce qui concerne les garanties contre la contrefaçon et la falsification ; que le modèle type doit aussi être adapté à son utilisation par tous les États membres et comporter des dispositifs de sécurité universellement reconnaissables qui soient visibles à l'œil nu ;* ».

¹⁶⁹³ J.-M., MANACH, « les doigts brûlés de Calais », *Le monde diplomatique*, 25 septembre 2009

D'ailleurs cette standardisation à l'œil nu se retrouve à l'article 4 de ce règlement puisque ce dernier précise « *Le modèle type de visa ne contient aucune information, sous une forme lisible par machine, autre que les données qui apparaissent aussi dans les cases décrites [dans le visa] ou qui figurent dans le document de voyage correspondant.* »¹⁶⁹⁴. C'est-à-dire que la standardisation n'est pas encore une automatisation puisque les informations « lisibles en machine » sont alors la simple copie des informations déjà accessibles visuellement. L'insertion « *d'une photographie qui sera produite selon des normes de sécurité élevées* »¹⁶⁹⁵ est rendue nécessaire par la nécessité du contrôle de visu par l'agent, alors que ces modalités sont prises pour lutter contre la fraude documentaire.

Pourtant, cette standardisation n'a pas suffi à éviter les fraudes et les visas falsifiés. C'est ainsi que dès 1998, on trouve trace dans une décision¹⁶⁹⁶ du Conseil de la nécessité de partager les informations à l'échelon européen concernant la lutte contre les contrefaçons.

Partant, de ce caractère supplétif des informations numérisées que l'idée de l'utilisation de la biométrie pour identifier le demandeur s'est progressivement imposé. Dans cette perspective, si la biométrie a été, dans ce domaine comme dans d'autres, mise en place pour lutter contre la « tyrannie des apparences »¹⁶⁹⁷. C'est au Conseil européen de Séville en juin 2002 que l'établissement d'un système commun d'identification des données relatives aux visas a été érigé en « priorité absolue » afin de remédier aux carences des bases de données SIS I et SIS II. Et, contrairement aux autres systèmes d'information, le système d'information Visa est construit autour¹⁶⁹⁸ de l'utilisation de la biométrie.

¹⁶⁹⁴ Règlement (CE) n° 1683/95 du Conseil, du 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa *Journal officiel* n° L 164 du 14/07/1995 p. 0001 - 0004

¹⁶⁹⁵ Règlement (CE) n° 334/2002 du Conseil du 18 février 2002 modifiant le règlement (CE) n° 1683/95 établissant un modèle type de visa

¹⁶⁹⁶ Décision 2000/261/JAI du Conseil, du 27 mars 2000, concernant l'amélioration de l'échange d'informations dans le cadre de la lutte contre la contrefaçon de documents de voyage *Journal officiel* n° L 081 du 01/04/2000 p. 0001 - 0003

¹⁶⁹⁷ G. DUBEY, « Nouvelles techniques d'identification, nouveaux pouvoirs. Le cas de la biométrie », *Cah. Int. Sociol.*, vol. 125, 2008, p. 269.

¹⁶⁹⁸ Dans cette perspective le considérant 4 de la Décision 2004/512/CE du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS) précise que « *la présente décision constitue la base légale requise pour permettre{...}les mesures préparatoires nécessaires en vue d'incorporer les*

2. L'utilisation de la biométrie pour identifier : le Système d'Information Visas

636. Considéré comme « une des grandes initiatives des politiques de l'Union européenne, visant à mettre en place un espace de liberté de sécurité et de justice »¹⁶⁹⁹, le système d'information Visa a été envisagé en 2001 et mis en fonction 10 ans plus tard le 11 octobre 2011. Comme mentionné précédemment, concernant le système d'information Visa tout comme pour le système d'information Schengen II¹⁷⁰⁰ dont il partage l'infrastructure technique, le recours à la biométrie fut consubstantiel à sa création. Dans cette perspective, le règlement N°8/2009 du 4 janvier 2009 précise que « seule une vérification des empreintes digitales permet de confirmer avec certitude qu'une personne souhaitant entrer dans l'espace Schengen est bien celle à laquelle le visa a été délivré »¹⁷⁰¹.

Ces données comprennent les dix empreintes digitales du demandeur de visa, à l'exception des empreintes des enfants de moins de 14 ans et des personnes ayant une infirmité rendant impossible cette captation. Quant à la durée de conservation des informations biométriques, elle est lissée sur le droit commun des données contenues dans le VIS à savoir 5 ans maximum.

637. Statut des empreintes digitales. Deux interprétations sont possibles concernant cette utilisation des empreintes digitales dans les bases de données visa. La première, qu'il est possible de qualifier d'hypothèse de convergence, voit dans cette utilisation des similarités avec l'utilisation qui est faite des mesures corporelles dans les papiers d'identité. Dans cette perspective, la biométrie comme dispositif technique deviendrait le tronc commun en matière de lutte contre la falsification des documents d'identité. Dès

caractéristiques biométriques à un stade ultérieur conformément aux conclusions du Conseil du 19 février 2004. »

¹⁶⁹⁹ Règlement (CE) n°767/2008 du Parlement européen et du conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (règlement VIS)

¹⁷⁰⁰ En effet, c'est en partant des lacunes du système d'information Schengen I que fut imaginé le recours à la biométrie concernant le système d'information Schengen II.

¹⁷⁰¹ Règlement (CE) n°81/2009 du parlement européen et du conseil du 14 janvier 2009 modifiant le règlement (CE) n°562/2006 en ce qui concerne l'utilisation du système d'information sur les visas (VIS) dans le cadre du code frontières Schengen

lors, les systèmes biométriques serviraient par principe à authentifier les documents d'identité et par exception à identifier les personnes physiques.

638. La seconde hypothèse, plus intéressante, implique que loin de représenter une convergence dans l'utilisation des systèmes biométriques, l'utilisation de ces derniers dans le Système d'Information Visas, renverse le principe et l'exception et surtout permet une négation totale de l'état civil présenté par la personne. Au sein du syllogisme qui sert de modèle à la biométrie, cette évolution se traduit par une mutation de la proposition mineure, désormais autonome, la comparaison n'étant plus rattachée à l'état civil. La biométrie est alors utilisée comme une condition de recevabilité pour l'instruction du dossier et non, à la fin du processus un moyen de sécurisation du titre d'identité. Dans cette perspective la captation fait, avant tout, l'objet d'une conservation dans une base de données qui vise à empêcher les demandes multiples dans différents pays ainsi que les demandes sous fausses identités. L'identité de la personne est alors séparée de l'état civil qui n'est plus nécessaire au traitement des données. En ce sens l'article 9 du Règlement VIS¹⁷⁰² du Parlement européen prévoit que la captation de données biométriques soit faite dès la demande de visa et non pas au moment de la délivrance du titre. Pour être plus précis, l'enregistrement des informations biométriques, à savoir les empreintes digitales, permet de savoir qu'une personne est déjà enregistrée dans le système d'information, ce qui entraîne un rejet de son dossier sans traitement « au fond ». D'ailleurs, c'est cet enregistrement au niveau de la demande qui fera l'objet d'une modification en cas d'acceptation¹⁷⁰³, d'interruption de la demande¹⁷⁰⁴, de refus¹⁷⁰⁵ ou d'annulation du

¹⁷⁰² Règlement(CE) n°767/2008

¹⁷⁰³ Article 10 du Règlement (CE) n° 767/2008

¹⁷⁰⁴ Article 11 du Règlement (CE) n° 767/2008

¹⁷⁰⁵ Article 12 du Règlement (CE) n°767/2008

visa¹⁷⁰⁶. Ainsi, la captation des données biométrique n'est alors plus justifiée par la nécessité d'authentifier, mais bien une autre finalité en lien direct avec la personne.

639. Utilisation des empreintes digitales. Quant à l'utilisation de ces empreintes, il faut distinguer l'utilisation faite dans le cadre de la procédure d'obtention d'un visa, de celle opérée en matière de contrôle du visa ou de son détenteur.

Concernant la première hypothèse, toute demande de visa fait l'objet d'une comparaison des identifiants biométriques afin de s'assurer tant de l'absence d'un visa déjà existant que de demandes multiples. En outre, les personnes sur « liste noire » sont aussi signalées lors de la comparaison au moment de la demande. Et cette utilisation du VIS aux fins de l'examen de la demande peut se faire par comparaison des empreintes digitales.¹⁷⁰⁷ D'ailleurs, comme prévu par le Règlement (CE) n°81/2009, en cas de demandes multiples les données sont comparées à partir de la première demande de visa¹⁷⁰⁸. En outre, ces empreintes captées au moment de la demande servent aussi dans d'autres procédures, notamment au moment de la demande d'asile, que ce soit dans la détermination de l'état membre responsable de son examen¹⁷⁰⁹ ou concernant la demande en elle-même¹⁷¹⁰.

Quant à la seconde hypothèse que ce soit aux points de passage des frontières extérieures¹⁷¹¹ ou sur le territoire des états membres¹⁷¹² « *Dans le seul but de vérifier l'identité du titulaire du visa et/ou l'authenticité du visa et/ou si les conditions d'entrée sur le territoire des États membres [...] sont remplies, les autorités compétentes [...] conformément au code frontières Schengen, sous réserve des paragraphes 2 et 3, effectuent des recherches à l'aide du numéro de la vignette visa, en combinaison avec la vérification des empreintes digitales du titulaire du visa.* » Et ce n'est que si la

¹⁷⁰⁶ Article 13 du Règlement (CE) n°767/2008

¹⁷⁰⁷ Article 15^E Règlement (CE) n°767/2008

¹⁷⁰⁸ « *Dans la mesure où, lorsque les demandes de visa sont présentées à plusieurs reprises, il convient que les données biométriques soient réutilisées et copiées à partir de la première demande de visa dans le VIS, l'utilisation du VIS pour les vérifications à l'entrée aux frontières extérieures devrait être obligatoire* ». Règlement (ce) n° 81/2009 du parlement Européen et du Conseil du 14 janvier 2009 modifiant le Règlement (CE) n° 562/2006 en ce qui concerne l'utilisation du système d'information sur les visas (VIS) dans le cadre du code frontières Schengen.

¹⁷⁰⁹ Article 21 du Règlement (CE) n°767/2008

¹⁷¹⁰ Article 22 du Règlement (CE) n°767/2008

¹⁷¹¹ Article 18 al 1 du Règlement (CE) n°767/2008

¹⁷¹² Article 19 al 1 du Règlement (CE) n°767/2008

correspondance de ce numéro ou de ces empreintes est positive que l'autorité compétente a accès aux autres données contenues dans le VIS et l'accès même aux photographies est conditionné par l'existence d'une correspondance. Pourtant, en cas d'échec de la vérification concernant le titulaire du visa ou du visa, une procédure d'accès aux données aux fins d'identification à l'aide des empreintes digitales est prévue à l'article 20 du règlement n°767/2008 « *uniquement pour les personnes qui ne remplissent pas ou plus les conditions d'entrée, de séjour ou de résidence sur le territoire des états membres* ».

Cette procédure nous intéresse particulièrement, car elle réaffirme le caractère central de la biométrie puisque ce n'est qu'en cas d'échec de cette correspondance que d'autres données enregistrées dans le VIS peuvent être utilisées. En outre, en prévoyant que cette procédure s'applique « *en cas d'échec de la recherche par les empreintes digitales* », ce règlement est le premier texte normatif, à notre connaissance, à reconnaître implicitement le caractère non absolu de l'identification biométrique.

Ainsi, l'identité contenue dans l'état civil ne fait l'objet d'aucun traitement pour déterminer le caractère recevable de la requête mais, en plus, il est possible d'affirmer qu'elle est en quelque sorte niée puisque ce sont les informations biométriques qui ont pour ce système une valeur en tant que preuve supérieure.

Paragraphe 2. La mise en œuvre à l'échelon national

Il est possible dans une première approche de définir le visa comme l'autorisation donnée par un état à un ressortissant d'un autre état d'entrer et de séjourner pour une durée déterminée sur son territoire. Si les Visas sous différentes formes sont consubstantiels à la souveraineté de l'État, le droit européen au travers des accords Schengen I de 1985 et Schengen II de 1990 a encadré cette pratique. La France, incluse dans l'espace Schengen, est signataire des deux conventions et à ce titre respecte le triple acquis de Schengen : elle délivre des visas et accepte des visas en provenance de l'espace Schengen, elle a supprimé les contrôles aux frontières intérieures et applique le droit européen aux frontières extérieures.

Au sein des visas, l'insertion d'informations biométriques n'est pas nouvelle ; ce qui constitue une nouveauté c'est l'utilisation de données biométriques informatisées. C'est

en 2004 que le système Biodev est autorisé par un décret pris en Conseil d'État le 26 novembre 2004. Le Système Biodev dans ses deux versions est une expérimentation visant à transcrire dans une puce et dans une base de données les données biométriques du titulaire du Visa.. En France la base de données interconnectée au VIS est VISABIO créé en application de l'article L611-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et des demandeurs d'asile « *afin de mieux garantir le droit au séjour des personnes en situation régulière et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, les empreintes digitales, ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers qui sollicitent la délivrance, auprès d'un consulat ou à la frontière extérieure des États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, d'un visa afin de séjourner en France ou sur le territoire d'un autre État partie à ladite convention peut être relevée, mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Ces empreintes et cette photographie sont obligatoirement relevées en cas de délivrance d'un visa.* " Ce fichier qui est la transcription sans délai de BIODÉV créé en 2004 pour une durée de 2 ans.

Ainsi, il convient de s'intéresser à l'organisation de la base de données VISABIO (Paragraphe 1), ce n'est que pour éclairer son fonctionnement (paragraphe 2).

A. L'organisation de VISABIO

640. L'enregistrement des informations. VISABIO est une base de données unique et centralisée des données relatives aux demandeurs d'asile,

En principe l'ensemble des demandeurs de visa de courts séjours (moins de 3 mois) est concerné à l'exception des enfants de moins de six ans, ce qui représente environ deux millions de personnes par an. Trois catégories d'agents sont amenées à manipuler le fichier VISABIO. En effet, l'inscription au sein de cette base de données peut être le fait des services consulaires dans les pays tiers, les services du ministère de l'Intérieur aux frontières et enfin le fait dans des cas très particuliers des agents de préfectures notamment au sujet des procédures de prolongation de visa. Les données des demandeurs sont conservées pour une durée de 5 ans y compris celle des personnes n'ayant pas pu obtenir leur visa, celle des individus n'ayant pas utilisé leurs autorisations et ceux ayant été

naturalisés durant le délai, ces trois derniers cas ayant fait l'objet d'une remarque dans l'avis de la CNIL.

641. Nature des données enregistrées. Si les données d'état civil sont stockées au sein de VISABIO, ce sont les informations biométriques qui fondent l'aspect novateur de ce fichier. Effectivement, sont implémentées les empreintes digitales des 10 doigts ainsi qu'une photographie d'identité numérisée. La base de données centrale pour les Visas a intégré les limites de la biométrie en prévoyant pour les visas les cas marginaux notamment comme le décret au sujet des empreintes digitales *« l'impossibilité de collecte totale ou partielle des empreintes digitales sera mentionnée dans le traitement. »*

Concernant la photographie, il est à noter que la CNIL *« prend Acte... (qu') il n'est pas recouru à la technique automatisée de reconnaissance faciale et que la photographie ne peut être utilisée directement à des fins de recherche¹⁷¹³ »*. Cette absence actuelle de système de reconnaissance faciale au sein de VISABIO n'implique pas une prohibition pour le futur de l'utilisation de ces données à ces fins. D'autant que comme mentionné précédemment, aucun texte de droit européen ne fait obstacle à la réutilisation des données biométriques pour des finalités différentes que celles qui ont historiquement présidé à leur captation.

B. L'utilisation de VISABIO

642. L'accès à VISABIO. Tout d'abord, concernant les agents ayant compétence pour utiliser ce système, outre certains fonctionnaires du Ministère de l'Intérieur, des Affaires étrangères et des Préfectures qui ont un accès logique à VISABIO dans la mesure où ils y inscrivent les données, les Officiers de police judiciaire habilités, ainsi que les officiers de police judiciaire de la direction centrale, les agents des directions centrales relatives à la gendarmerie et à la police nationale, les agents des services de renseignements travaillant sur des dossiers en rapport avec le terrorisme peuvent consulter la base de

¹⁷¹³ délibération n°2007-195 du 10 juillet 2007 portant avis sur le projet de décret pris pour l'application de l'article L 611-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux ressortissants étrangers sollicitant la délivrance d'un visa et modifiant la partie réglementaire

données des demandeurs de visas, sur le modèle développé par le VIS en ce qui concerne le Continuum de sécurité.

643. Les finalités de VISABIO. Pourtant la question des agents compétents se double de celle de l'évolution de ce système. Historiquement, VISABIO a été développé pour lutter contre la fraude documentaire, comme le montre l'article R611-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui précise dans son premier alinéa « *Est autorisée la création, sur le fondement de l'article L. 611-6, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé VISABIO, relevant du ministère des Affaires étrangères et du ministère chargé de l'immigration. Ce traitement a pour finalité de mieux garantir le droit au séjour des personnes en situation régulière et de lutter contre l'entrée et le séjour irrégulier des étrangers en France, en prévenant les fraudes documentaires et les usurpations d'identité* ». Toutefois, cet objectif pour justifier la captation des données biométriques est concurrencé, voire supplanté, par une finalité de sécurité intérieure et de lutte contre d'autres impératifs comme le terrorisme. En effet, la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, traduit dans son article 9, le concept théorique de continuum de sécurité « *Pour les besoins de la prévention et de la répression des actes de terrorisme, les agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales spécialement chargés de ces missions peuvent, dans les conditions fixées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, avoir accès aux traitements automatisés suivants : [...] Les données à caractère personnel, mentionnées aux articles L. 611-3 à L. 611-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, relatives aux ressortissants étrangers qui, ayant été contrôlés à l'occasion du franchissement de la frontière, ne remplissent pas les conditions d'entrée requises ; les données à caractère personnel mentionnées à l'article L. 611-6 du même code.* » En déplaçant la finalité du fichier VISABIO, la loi du 23 janvier 2006 a transformé un système de lutte contre la fraude en figure panoptique¹⁷¹⁴ eu égard à la notion relativement extensive de terrorisme¹⁷¹⁵ dans notre droit et à l'aspect préventif qui ouvre la porte à toutes les interprétations et à la généralisation de ces contrôles sous couvert de prévenir les actes terroristes. Dès lors, les données biométriques recueillies

¹⁷¹⁴ Comme en témoigne l'intitulé même de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

¹⁷¹⁵ J.-L. GILLET, P. CHAUDON ET W. MASTOR, « Terrorisme et liberté », *Constitutions* 2012. p.403.

auprès de l'ensemble des demandeurs d'asile peuvent désormais servir à observer de façon permanente et centralisée les étrangers, tant bien même ce contrôle considéré comme une activité de police administrative ne déboucherait-il sur aucune enquête.

Cette multiplication des finalités entraîne au niveau européen une mutation du VIS qui semblait avant 2009 passer inexorablement du premier pilier relatif aux communautés européennes, qui inclut les conventions Schengen, au troisième pilier relatif à la coopération policière en matière pénale.

644. L'évolution des finalités permet ou du moins facilite et justifie l'interconnexion avec d'autres bases de données. Ces dernières se nourrissent des bases de données relatives aux étrangers, dans la mesure où leur objet plus large leur permet de se servir pleinement de ces informations. Mais la pertinence de la transmission de ces informations étant unidirectionnelle, ce qui constitue un enrichissement pour les bases de données généralistes ne constitue qu'une interconnexion mono directionnelle pour les bases de données visa. Ces bases de données généralistes sont construites, au contraire des précédentes, pour une surveillance à la surface, c'est-à-dire une utilisation « *sur le territoire des états membres* » et non lors du franchissement d'une ligne frontière.

645. Cette interconnexion est une évolution qui se traduit par le passage d'un registre d'autorisation à un registre de sanction concernant les finalités du fichier, ces derniers, bien que fichier de police, n'étant plus uniquement organisés pour délivrer des autorisations (les visas), mais autour de la recherche de délinquants qu'ils soient de droit commun ou plus spécifiquement vis-à-vis des réglementations Schengen.

Section 2. Les évolutions de cette localisation

Cette localisation à la frontière par l'utilisation de données opaques sous l'égide de l'Union européenne a connu des mutations qu'il convient de catégoriser pour mieux les retracer.

La localisation à la frontière, a peu à peu muté tant *ratione loci* que *ratione materiae*. Tout d'abord, le champ d'application géographique de cette localisation a muté, passant de la ligne à la surface, c'est-à-dire de la frontière au « *territoire des états membres* » et cette mutation qui existe au sein du système d'information Visa s'est renforcée avec son interconnexion au système d'information Schengen. Et toujours concernant la localisation, certains fichiers mis en place ont pour fonction non pas d'inclure ou d'exclure des personnes vis-à-vis des « *frontières extérieures de l'Europe* », mais de s'assurer de la circulation de personnes à l'intérieur même de ces dernières, c'est notamment le cas avec le fichier OSCAR développé en France par le Ministère de l'Intérieur.

Quant à l'évolution *Ratione materiae*, elle est d'une double nature : soit l'évolution est relative aux données enregistrées (avec par exemple le passage des empreintes digitales aux empreintes génétiques), soit aux finalités qui ont présidé à cet enregistrement. Dans la première hypothèse, la tentative, avortée, d'utilisation de test ADN pour conditionner le regroupement familial est symptomatique. Quant à l'évolution des finalités et l'utilisation de la biométrie, non plus pour une catégorie particulière – les demandeurs de visas, ou d'asile- mais vis-à-vis d'une catégorie négative, les personnes qui ne réunissent plus les conditions pour rester sur le territoire, elle a profondément modifié le cadre matériel du fichage biométrique à l'échelon européen : autrefois considéré comme un fichier de gestion des déplacements de catégories particulières de personnes, aujourd'hui enregistrant les mouvements de catégories aux contours flous, qui tendent peut à peu vers, voire se transforme en catégorie pénale.

Ainsi, le système d'information Schengen porte en lui une double évolution qu'il est possible de retracer (Paragraphe I), il ne contient pas pour autant l'ensemble des évolutions relatives à la localisation prise sous l'égide de l'Union européenne (Paragraphe II).

Paragraphe 1. Le système d'information Schengen

647. Le système d'information Schengen devrait devenir à terme le plus grand fichier de police au monde. Moyen à la mise en place « *d'un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité.* »¹⁷¹⁶, ce fichier est désormais doté d'une force symbolique importante puisque les requérants dans des cas de fichage, notamment biométrique, utilisent comme moyens, quasi systématiquement, l'interconnexion entre la base de données attaquée et ce fichier¹⁷¹⁷.

648. Au delà de ces aspects quantitatifs et stratégiques, il est possible de constater que le SIS est un fichier classique de gestion des étrangers (A), qui se singularise par une affirmation de la fonction de localisation de ce fichier (B).

A. Un fichier classique de gestion des étrangers

649. Pourtant, à l'origine, la première mouture du système d'information Schengen ne contenait pas de données biométriques. Mise en place à la fin des années 1990 afin de permettre aux « [...] *parties contractantes, grâce à une procédure d'interrogation automatisée, de disposer de signalements de personnes et d'objets, à l'occasion de contrôles de frontière et de vérifications et autres contrôles de police et de douanes exercés à l'intérieur du pays conformément au droit national ainsi que, pour la seule catégorie de signalement visée à l'article 96, aux fins de la procédure de délivrance de visas, de la délivrance des titres de séjour et de l'administration des étrangers dans le cadre de l'application des dispositions sur la circulation des personnes de la présente*

¹⁷¹⁶ Article 13 de l'Acte unique européen signé à Luxembourg le 17 février et à La Haye le 28 février 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987.

¹⁷¹⁷ Les exemples sont trop nombreux pour être exhaustivement cités. Voir notamment CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni* § 87. Ou CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n°317827

Convention. »¹⁷¹⁸ Quant à son utilisation, elle ne pouvait se faire qu'à partir de l'état civil – le plus souvent déclaré — de la personne. Et cette limitation est un des éléments, qui a permis au Conseil constitutionnel d'affirmer en 1991 que le SIS « *comporte un dispositif très important de mesures à même d'assurer le respect de la liberté personnelle* »¹⁷¹⁹. Et ce système d'information pris la forme, désormais classique, d'une double base de données, une base de données centrale en lien avec des bases nationales, aujourd'hui standardisées sous l'appellation SIRENE¹⁷²⁰. Ces deux bases de données étant soumises à des impératifs draconiens de sécurité¹⁷²¹. D'ailleurs, cette architecture a été reprise à l'identique dans la seconde version du SIS¹⁷²². Et en l'absence de documents spécifiques délivrés par le SIS, la seule fonction vis-à-vis de la biométrie que cette base de données peut poursuivre est l'identification des personnes physiques.

650. Pourtant, ce n'est que dans sa seconde version, aujourd'hui en fonction que les empreintes digitales et la photographie du visage ont été intégrées dans cette base de données¹⁷²³. L'évolution du SIS 1 au SIS II étant pourtant motivée par un impératif technique puisque le premier « *n'a pas été conçu pour fonctionner pour le nombre accru d'États membres que comptera l'Union européenne après son élargissement.* »¹⁷²⁴. Pourtant, cette évolution n'a pas porté uniquement sur la « taille » et les possibilités

¹⁷¹⁸ Article 92 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes Journal officiel n° L 239 du 22/09/2000 p. 0019 - 0062

¹⁷¹⁹ Cons. Constit., Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes

¹⁷²⁰ Décision de la Commission du 4 mars 2008 portant adoption du manuel Sirène et d'autres mesures d'application pour le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) [notifiée sous le numéro C(2008) 774]

¹⁷²¹ Décision de la Commission du 4 mai 2010 établissant un plan de sécurité pour le SIS II central et l'infrastructure de communication (2010/261/UE)

¹⁷²² Article 4 du Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)

¹⁷²³ Article 20 du Règlement (CE) n o 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)

¹⁷²⁴ Règlement (CE) n° 2424/2001 du Conseil du 6 décembre 2001 relatif au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II) Journal officiel n° L 328 du 13/12/2001 p. 0004

techniques de cette base de données, mais tant sur les données que sur les finalités de leur collecte.

651. Car, contrairement à la version originelle, qui est devenue au fil du temps un fichier « fourre-tout » allant des personnes aux objets en passant par les billets de banque, l'objet de la seconde version fut limité aux « *signalements de ressortissants de pays tiers, ainsi qu'à l'échange d'informations supplémentaires et de données complémentaires aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour dans les États membres* »¹⁷²⁵.

B. Une affirmation de la fonction de localisation de ce fichier

652. Quant à l'utilisation des identifiants biométriques, à savoir les empreintes digitales, bien que l'article 22¹⁷²⁶ soit aussi applicable aux photographies, elle fait l'objet d'un encadrement très précis. En effet, si les empreintes doivent aux termes de cet article faire l'objet d'un contrôle qualité lors de leurs captations, elles n'ont qu'une fonction supplétive puisqu'elles ne peuvent, par principe, qu'être utilisées pour « *confirmer l'identité d'un ressortissant d'un pays tiers localisé à la suite d'une consultation alpha numérique* ». Cette utilisation de l'expression localisée indique pour la première fois clairement que l'utilisation de la biométrie détermine et est déterminée par la localisation de la personne. Validant ainsi notre hypothèse : identifier en « temps réel » c'est localiser. Pourtant, tant le Parlement européen que le Conseil s'abstiennent de tirer les conséquences tant logiques que juridiques de l'utilisation de ce vocable.

653. Les conséquences juridiques sont de deux ordres. La première porte sur l'existence de conséquences à la localisation indépendamment du recours à la biométrie. Également prévu dans la première version du SIS, l'enregistrement des « conduites à tenir »¹⁷²⁷, implique que cette identification peut entraîner une série de conséquences :

¹⁷²⁵ Article 2 du Règlement (CE) n°1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)

¹⁷²⁶ Article 2 du Règlement (CE) n°1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II)

¹⁷²⁷ Article 20 1 Article 2 du Règlement (CE) n°1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II).

arrestation, audition. Le fichier ne sert alors plus à simplement identifier une personne, il est normatif en lui-même, dans la mesure où la correspondance entraîne des conséquences en elles-mêmes, sans aucune interrogation sur les opportunités d'utilisation par des tiers. Seconde et peut-être la plus importante des conséquences juridiques, l'absence de prise en compte de cet aspect dans la conciliation opérée entre les droits fondamentaux et la protection de l'ordre public, cette dernière étant faite sous les auspices de la fonction principale de la biométrie : l'identification. Car le couple identification/localisation contient plus d'informations sur la vie privée des individus que la simple localisation et ces informations peuvent porter atteinte, voire violer certains droits fondamentaux indépendants de la vie privée. Il en est ainsi de la liberté de circulation, de la liberté de religion ou de réunion et plus généralement de l'ensemble des libertés physiques.

Paragraphe 2. Les autres évolutions quant à la localisation des étrangers.

En droit français, des évolutions parallèles aux mouvements globaux mis à jour en droit européen sont perceptibles. Ainsi, si le fichage ADN a constitué une avancée éphémère dans le fichage des étrangers (paragraphe 2), il existe d'autres fichiers ayant pour vocation de gérer les aides étatiques, c'est notamment le cas du fichier Oscar (paragraphe 1).

A. Le fichier OSCAR

654. Prévu par un amendement à la loi de 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, le Fichier oscar, enregistre les empreintes digitales des personnes ayant bénéficié d'une aide au retour, afin de « *déceler une nouvelle demande présentée par une personne ayant déjà bénéficié de cette aide, le cas échéant sous une autre identité* »¹⁷²⁸. La nature législative de cette création n'a pas donné lieu à une censure

¹⁷²⁸ Article R611-35 CESEDA

du Conseil constitutionnel¹⁷²⁹ et a limité le contrôle de la CNIL aux décrets d'applications¹⁷³⁰. C'est ainsi que la CNIL s'est opposée, notamment, à l'utilisation de ces données par l'OFPRA ou par les préfetures, pour identifier les personnes physiques.

655. Ce n'est qu'en 2007¹⁷³¹ que ce fichier, dont la fonction est d'enregistrer une prestation de l'État, s'est vu doté d'information biométrique. Prévu à l'article L 611-3 du Code de séjour des étrangers et du droit d'asile¹⁷³², ce fichier est strictement autonome par rapport à l'état civil, dans la mesure où la base de données est organisée autour d'une correspondance simple. En effet, la recherche d'une correspondance, indépendamment de toute définition substantielle de l'identité, entre données précédemment enregistrées et données comparées est la fonction poursuivie par ce fichier. En l'absence de correspondance, une prestation est accordée et refusée en sa présence. Partant, comme le remarque la CNIL dans sa délibération *« La commission relève tout d'abord que l'enregistrement des empreintes digitales des bénéficiaires de l'aide au retour a été explicitement autorisé par le législateur. Elle constate en outre que cet enregistrement ne permettra d'identifier directement les étrangers concernés à partir de leurs données biométriques, dans la mesure où celles-ci sont enregistrées dans un module distinct de celui qui contient les autres données à caractère personnel et notamment l'état civil des personnes. En effet, les données biométriques des personnes concernées ne sont enregistrées dans une base centrale qu'aux fins de comparaison, lors du dépôt de la*

¹⁷²⁹ Cons. Constit., Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile

¹⁷³⁰ CNIL, Délibération n° 2009-468 du 16 juillet 2009 portant avis sur le projet de décret portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers bénéficiaires du dispositif d'aide au retour financé par l'Office français de l'immigration et de l'intégration et modifiant la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

¹⁷³¹ Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile

¹⁷³² *« Afin de mieux garantir le droit au séjour des personnes en situation régulière et de lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers des étrangers en France, les empreintes digitales ainsi qu'une photographie des ressortissants étrangers, non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, qui sollicitent la délivrance d'un titre de séjour en application de l'article L. 311-1 peuvent être relevées, mémorisées et faire l'objet d'un traitement automatisé dans les conditions fixées par la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Il en est de même de ceux qui sont en situation irrégulière en France, qui font l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français ou qui, ayant été contrôlés à l'occasion du franchissement de la frontière en provenance d'un pays tiers aux Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, ne remplissent pas les conditions d'entrée prévues à l'article 5 de cette convention ou à l'article L. 211-1. Il en est de même des bénéficiaires de l'aide au retour mentionnée au dernier alinéa du I d de l'article L. 511-1 ».*

demande d'aide, des empreintes digitales du demandeur avec celles qui sont enregistrées dans le système. Cette comparaison se traduit exclusivement par un résultat « existant » ou « non existant » »¹⁷³³. En outre, le fichier Oscar est aujourd'hui l'un des rares fichiers à contenir l'ensemble des empreintes digitales, y compris des enfants à partir de 12 ans, sans que cet enregistrement complet, qui dépasse celui des autres bases de données et papiers d'identité, n'ait été considéré comme disproportionné par le Conseil d'État¹⁷³⁴.

656. Quant aux modalités de conservation des données biométriques, elles traduisent aussi cette fonction spécifique au fichier Oscar. Effectivement, les informations sont effacées sans délai si l'aide est refusée et sont conservées 5 ans si l'aide est attribuée, la suppression en cas de refus ne portant que sur les données comparées et non sur les données préalablement enregistrées. Partant, le juge administratif a considéré que cette durée, y compris pour les enfants de plus de 12 ans et non pas 14 ans (âge minimum à l'échelon européen) *« n'excède pas celle nécessaire, compte tenu des finalités non critiquées pour lesquelles les données sont collectées et traitées »*¹⁷³⁵.

Dès lors, comme pour les autres fichiers en matière d'étranger, ce fichier prend la forme d'une « liste noire » privant les personnes fichées d'un droit, indépendamment de leur identité civile. Cette dernière n'étant même plus recherchée, l'identité de la personne étant alors restreinte à un choix binaire.

Et cette logique, de liste noire biométrique se retrouve dans la tentative aujourd'hui avortée de mettre en place des tests génétiques pour déterminer la filiation et donc l'autorisation de procéder à un regroupement familial.

¹⁷³³ Délibération n° 2009-468 du 16 juillet 2009 portant avis sur le projet de décret portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers bénéficiaires du dispositif d'aide au retour financé par l'Office français de l'immigration et de l'intégration et modifiant la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

¹⁷³⁴ « *Considérant, en premier lieu que la collecte des données biométriques des ressortissants de l'Union européenne ayant bénéficié d'une aide au retour ne porte, par elle-même, aucune atteinte à leur droit de circuler librement au sein de l'Union européenne ; que la circonstance que les normes communautaires relatives aux passeports et documents de voyage n'imposeraient pas la présence de l'intégralité de ces données est sans incidence sur l'appréciation du bien fondé de leur collecte au regard des finalités du traitement litigieux ;* »

¹⁷³⁵ CE, 20 octobre 2010, *GISTI*, n°334974

B. Empreintes génétiques et filiation

Considérée comme une preuve supérieure aux autres preuves concernant la délivrance des visas¹⁷³⁶, l'établissement ou le rejet d'une filiation par l'utilisation de l'empreinte génétique de la personne a connu une tentative de généralisation. Prévu par la loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, le contrôle par test génétique de l'existence d'un lien familial, concernant l'instruction d'un dossier de regroupement familial, dans un consulat ou une ambassade a été un projet fortement décrié, notamment à cause de l'utilisation de l'empreinte génétique comme preuve automatique de la filiation.

Si l'intense polémique¹⁷³⁷ a entraîné un comportement juridiquement douteux de la part du pouvoir réglementaire, qui n'en a jamais pris les décrets d'applications, en dépit de leur normativité nulle, les dispositions de la loi méritent tout de même quelques précisions.

657. Le projet de loi présenté par le gouvernement ne prévoyait pas de dispositions relatives aux tests ADN et c'est par le biais d'un amendement présenté par Thierry Marianni que ces derniers ont fait leur entrée dans la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile. Au terme de cette

¹⁷³⁶ CE, 23 décembre 2011, *Adame A*, n° 330513.

¹⁷³⁷ E. PUTMAN, Loi du 20 novembre 2007 sur la maîtrise de l'immigration : dans la continuité des "lois Sarkozy," *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, vol. 3. pp. 11 – 12, 2008. ; D. TURPIN, La loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : précisions techniques et symboles républicains, *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 14. pp. 930 – 940, 2008. J. HAUSER, L'état civil est-il obsolète? ; Note sous loi du 20 novembre 2007 relative à l'immigration, article 17, *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ)*, vol. 1. pp. 91 – 92, 2009. ; O. Lecucq, La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité, *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, vol. 3. pp. 141 – 149, 2008. ; M. VERPEAUX, Des jurisprudences classiques au service de la prudence du juge. A propos de la décision n° 2007-557 du 15 novembre 2007, loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 1. pp. 20 – 24, 2008. ; D. TURPIN, La décision numéro 557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau, *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 24. pp. 1638 – 1644, 2008. ; F. Terré, Les chemins de la vérité. Sur les tests ADN, *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 1. pp. 15 – 19, 2008. ; É. FONGARO, Tests ADN : traitement différent de situations différentes ou discrimination ?, *Droit de la famille*, vol. 1. pp. 13 – 16, 2008.

dernière, il a été prévu à l'article L111-6¹⁷³⁸ du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile que le demandeur d'un visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois puisse recourir à un test ADN pour prouver l'existence d'un lien de filiation avec l'un de ses parents. Ces tests étant autorisés en cas de carence de l'état civil dans l'État d'où le demandeur est ressortissant. Cette carence de l'état civil, élément permettant une atteinte au principe d'égalité¹⁷³⁹, justifiait le recours à la vérité biologique. Dans cette perspective, cette réification de la filiation à la biologie était supplétive et ne trouvait donc à s'appliquer qu'en l'absence de fiabilité de l'état civil et ne cherchait donc pas à le remplacer. D'ailleurs, ce sujet a fait l'objet d'une réserve d'interprétation de la part du Conseil, ce dernier considérant que « *l'application de ce nouveau dispositif dans les États désignés par décret en Conseil d'État ne saurait avoir pour effet de dispenser les autorités diplomatiques ou consulaires de vérifier, au cas par cas, sous le contrôle du juge, la validité et l'authenticité des actes de l'état civil produits* »¹⁷⁴⁰. Ce dernier contrôle, prévu à l'article 111-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, implique que le demandeur « peut demander » le recours aux tests génétiques, sans que ces derniers puissent lui être imposés¹⁷⁴¹. Cette expérimentation est devenue caduque le 31 décembre 2009 et depuis le juge administratif refuse, en vertu de l'article du Code civil de prescrire des tests génétiques puisqu'il considère « *que l'article 16-11 du Code civil dispose que l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire... ; qu'il*

¹⁷³⁸ « *Le demandeur d'un visa pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois, ou son représentant légal, ressortissant d'un pays dans lequel l'état civil présente des carences, qui souhaite rejoindre ou accompagner l'un de ses parents mentionné aux articles L. 411-1 et L. 411-2 ou ayant obtenu le statut de réfugié ou le bénéfice de la protection subsidiaire, peut, en cas d'inexistence de l'acte de l'état civil ou lorsqu'il a été informé par les agents diplomatiques ou consulaires de l'existence d'un doute sérieux sur l'authenticité de celui-ci qui n'a pu être levé par la possession d'état telle que définie à l'article 311-1 du code civil, demander que l'identification du demandeur de visa par ses empreintes génétiques soit recherchée afin d'apporter un élément de preuve d'une filiation déclarée avec la mère du demandeur de visa. Le consentement des personnes dont l'identification est ainsi recherchée doit être préalablement et expressément recueilli. Une information appropriée quant à la portée et aux conséquences d'une telle mesure leur est délivrée.* »

¹⁷³⁹ Cons. Constit. Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*

¹⁷⁴⁰ Considérant 16. Cons. Constit. Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*

¹⁷⁴¹ CE, 4 novembre 2011, *Mallado C.* n° 329547

n'appartient au juge administratif ni de se prononcer, en cas de doute sérieux, sur l'état des personnes, ni, par suite, d'ordonner des mesures d'expertise ou d'instruction propres à établir, le cas échéant, un lien de filiation, telles que celles prévues notamment à l'article 16-11 du Code civil ; »¹⁷⁴².

658. Face à cette disposition, de nombreuses voix, tant institutionnelles qu'émanant de la société civile, se sont fait entendre pour dénoncer cette mesure. D'ailleurs, en réaction à cette mobilisation, les décrets d'application pour cette disposition n'ont jamais été pris. Concernant les réactions institutionnelles, c'est le CCNE qui, dans son avis n°100, a fortement désavoué la mesure en considérant notamment qu' « *Outre la question de la validité des marqueurs biologiques pour mettre en évidence des liens de filiation, d'un point de vue symbolique, le relief donné à ces critères tend à accréditer dans leur recours une présomption de fraude.* »¹⁷⁴³ Tout en dénonçant « *la charge anormale de preuves qui pèse sur le demandeur.* »

Quant au contrôle judiciaire de cette mesure, en l'absence des décrets d'application et corrélativement de contentieux sur la conventionnalité de cette disposition¹⁷⁴⁴, seul le Conseil constitutionnel par le biais de son contrôle a priori a été amené à se prononcer. Et le juge de la rue Montpensier a considéré que cette mesure ne portait atteinte ni au principe d'égalité ni au principe de respect de la dignité de la personne, le droit au regroupement familial ou à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴² CE, 11 mars 2010, *Papy Matutu*, n° 336326

¹⁷⁴³ CCNE, Avis n°100, *Migration, filiation et identification par empreintes génétiques*

¹⁷⁴⁴ « *Considérant que les requérants ne peuvent, en tout état de cause, se prévaloir des dispositions de l'article L. 111-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoyant l'identification par empreinte génétique, lesquelles ne sont pas entrées en vigueur en l'absence du décret nécessaire à leur application* » CE, 6 mai 2010, n°328039, CE, 2 janvier 2009, *Mamadou A*, n° 323129

¹⁷⁴⁵ Cons. Constit. Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*

660. Conclusion. Au terme de ce chapitre, il a été présenté le changement dans la nature même du territoire surveillé, passant d'une frontière ligne à une omniprésence de cette dernière sur le territoire à l'intérieur des frontières. Concernant le recours à la biométrie dans ce cadre, il a été montré que, malgré quelques expériences avortées, seules des données opaques, en l'occurrence les empreintes digitales, font l'objet d'une utilisation systématique. Mais, pour l'instant, ce recours ne concerne qu'une catégorie : les étrangers, même si les récentes évolutions ont amené un développement sans précédent de cette dernière. En effet, le recours à de nouvelles finalités, ce que certains auteurs ont appelé le « *continuum de sécurité* » a fortement impacté les catégories fichées et les définitions de ces dernières.

Comme élément du « *banoptisme* »¹⁷⁴⁶, c'est-à-dire d'un processus de surveillance permettant de bannir des personnes ou des groupes, les différents fichiers étudiés nous ont clairement montré que l'identification biométrique a muté par rapport à ses autres utilisations. En effet, désormais totalement autonome de l'état civil de la personne, voire se défiant de ce dernier, l'identification en temps réel conduit logiquement à la localisation des personnes.

Pourtant, la localisation à la frontière n'a été qu'une première étape — aujourd'hui dépassée — au profit de la localisation sur le territoire des États membres. Mais, aujourd'hui, sur la surface de ce territoire, une autre mutation est à l'œuvre, puisque l'utilisation de système biométrique n'a plus vocation à suivre les déplacements uniquement d'une catégorie spécifique, mais au contraire, s'attache à enregistrer les déplacements de l'ensemble de la population. Cet enregistrement s'effectuant pour prévenir des crimes hypothétiques au moment de cette captation.

¹⁷⁴⁶ l'expression est de DIDIER BIGO. D. BIGO., « Du panoptisme au Ban-optisme. Les micros logiques du contrôle dans la mondialisation », *In Technologies de contrôle dans la mondialisation : enjeux politiques, éthiques et esthétiques*, P.-A. CHARDEL & G. ROCKHILL (dirs.), Paris, Editions Kimé, pp. 59-80.

Chapitre 2. La localisation des personnes physiques sur le territoire national

1. Maintenant que la localisation à la frontière a été étudiée, il faut déplacer le support de la localisation en considérant ce dernier non plus comme un périmètre, mais comme une surface. Désormais, c'est à l'intérieur du territoire national que des procédés de localisation des personnes physiques sont à l'œuvre. Cette évolution n'est pas simplement historique : elle est aussi, et peut-être avant tout, une mutation des finalités poursuivies. La localisation à la frontière poursuivrait alors un but inhérent à une police administrative spéciale, alors que la localisation diffuse sur l'ensemble du territoire est rattachable à la police administrative générale. Et l'enjeu de ces procédés est loin d'être anecdotique puisque comme le remarque le G29 : « *Les informations géographiques jouent un rôle important dans nos sociétés. Presque toutes les activités humaines ont une composante géographique. En général, la valeur d'une information augmente quand elle est connectée à une localisation.* »¹⁷⁴⁷ Pourtant, au-delà de la classification de cette nouvelle catégorie de données, voire de métadonnées¹⁷⁴⁸, il est possible de constater qu'elles sont consacrées par le droit positif sous l'appellation « géolocalisation ». Ces dernières nécessitent plusieurs remarques introductives.

2. Tout d'abord, de manière générale, la question de la classification de ces informations entre métadonnées et données reste sans réponse. Dans une première hypothèse, considérer ces éléments comme des données implique qu'elles sont recherchées par la finalité pour laquelle est mise en place la base de données. Au contraire, dans une seconde hypothèse, il est possible de considérer ces derniers comme des métadonnées et, dans cette perspective, les données de localisation ne sont que la conséquence, des externalités, de l'enregistrement d'autres données. Cette question n'est pas purement théorique puisqu'elle détermine la prise en compte de la localisation au sein du régime juridique. En effet, considérer les informations de localisation comme des métadonnées peut impliquer une absence de protection juridique. Ainsi, comme il sera

¹⁷⁴⁷ « *Geographical information plays an important role in our society. Almost all human activities & decisions have a geographical component. In general, the value of information increases when it is connected to a location. All kinds of information can be connected to a geographic location* » G29, Opinion 13/2011 on Geolocation services on smart mobile devices, Adopted on 16 May 2011, p.1.

¹⁷⁴⁸ Pour la définition du concept de « métadonnées », voir *infra*. p. 237 et s.

démontré plus après de manière structurelle concernant les systèmes biométriques, les données de localisation sont des métadonnées, puisqu'elles sont une conséquence mécanique de la proposition mineure du syllogisme qui sert de modèle de fonctionnement à la biométrie, dans la mesure où les mesures sont effectuées par un capteur localisé.

3. De plus, une question sémantique s'impose : la géolocalisation désigne-t-elle un élément différent de celui appréhendé par le concept de localisation ? Et si les éléments permettant la localisation ou la géolocalisation sont nombreux¹⁷⁴⁹, cette étude sera limitée à la fonction qu'ils remplissent pour l'État, au sein de ses activités de polices, qu'elles soient administratives ou judiciaires.

4. **Définition.** Ensuite, se pose la question de la définition de la localisation, qui ne diffère pas substantiellement de son avatar le plus moderne à savoir la « géolocalisation ». En revanche, matériellement, cette dernière semble impliquer un recours systématique à l'informatique, à l'exclusion de tous moyens humains, qui peut être déduit de l'article 1 de la loi du 28 mars 2014 qui prévoit le recours « *à tout moyen technique destiné à la localisation en temps réel [...] d'une personne* ». Pourtant, si ce type de moyens augmente les capacités de ces systèmes, il est possible de constater qu'au premier abord, il n'en modifie en rien la définition, les vocables « localisation » et « géolocalisation » désignant alors le même concept. Et il est alors possible de distinguer deux définitions de ce concept, soit en tant que processus soit comme information. En tant que processus, il est possible de le définir comme l'action de « *déterminer par intuition ou par déduction l'emplacement d'une personne ou d'une chose* »¹⁷⁵⁰. En tant qu'information, par extension, la localisation désigne aussi le lieu où se trouve la personne ou la chose. Dans cette perspective, la géolocalisation ou la localisation sont des processus dont la finalité est la création d'une information : les coordonnées spatiales d'une personne physique déterminée.

¹⁷⁴⁹ « Elle permet de donner une adresse à un objet par géocodeur, par satellite, par GSM, par Wi-Fi, par adresse IP (sur internet), ou encore par puce RFID. La géolocalisation peut être couplée à des systèmes de « télérelève » (à l'aide de boîtiers télématiques), pour y joindre une série d'informations annexes relatives à l'objet géolocalisé (vitesse d'un véhicule par exemple). Les applications en sont très nombreuses pour le suivi des marchandises, pour les professions liées à l'espace (transports, agriculture, ...) et bien sûr la téléphonie. L'ingérence dans la vie privée est donc inhérente à la technique ». in X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*. Montchrestien, 2014, §958.

¹⁷⁵⁰ Article « localisation », *trésor de la langue française*.

5. Définition juridique. Pourtant, au contraire de cette équivalence, la localisation se distingue juridiquement de la géolocalisation, non pas eu égard à leurs modalités de fonctionnement, mais bien par rapport à leurs objets. En effet, la localisation semble s'appliquer aux actes et aux objets juridiques, alors que la géolocalisation quant à elle semble avoir un objet exclusif : la personne physique¹⁷⁵¹. Reste alors ouverte la question de l'utilisation d'un objet (appareils de localisation par signaux satellitaires, téléphone portable) afin de trouver la personne. Dans cette hypothèse, la localisation de l'objet sert à la géolocalisation de la personne. Et ce n'est que par abus de langage que le législateur¹⁷⁵² ou le Conseil constitutionnel¹⁷⁵³ s'intéressent à la géolocalisation des objets. En réalité, il s'agit bien d'une localisation des objets que la personne utilise ou qu'elle est censée détenir. D'ailleurs, ce double niveau d'interprétation est applicable à l'ensemble des éléments géolocalisants, à l'exception de ceux utilisant uniquement le corps, à savoir les systèmes biométriques. Pourtant, cette distinction des objets des traitements ne permet pas, en tant que telle, de clarifier l'existence de régimes juridiques distincts.

6. Partant, la question du régime juridique des procédés de géolocalisation reste ouverte. En effet, si le Conseil constitutionnel les considère expressément comme « *une mesure de police judiciaire* »¹⁷⁵⁴, ce régime juridique est prévu uniquement afin de suivre « *en temps réel, la position géographique d'un véhicule que cette personne est supposée utiliser ou de tout autre objet, notamment un téléphone, qu'elle est supposée détenir* »¹⁷⁵⁵. Ainsi, la géolocalisation est une mesure d'enquête, utilisant des biens de la personne pour la localiser. Pourtant, à côté de la géolocalisation comme instrument de police judiciaire, il est possible de cerner, par extension, un autre type de géolocalisation, relatif aux activités de police administrative. Cela découle de l'utilisation de certains systèmes biométriques, réputés « traçants »¹⁷⁵⁶ au premier rang desquels la vidéosurveillance. Effectivement, l'enregistrement des déplacements de personnes sur la

¹⁷⁵¹ Cette conception de la géolocalisation peut se déduire de l'article 1 de la loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation.

¹⁷⁵² Loi du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation

¹⁷⁵³ Cons. Constit. Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *loi relative à la géolocalisation*

¹⁷⁵⁴ Cons. Constit. Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *loi relative à la géolocalisation*, Cons. 13.

¹⁷⁵⁵ Cons. Constit. Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *loi relative à la géolocalisation*, Cons. 13.

¹⁷⁵⁶ F., PILLET, Rapport n° 465, Sénat sur *la proposition de loi de M. Gaëtan GORCE et plusieurs de ses collègues visant à limiter l'usage des techniques biométriques*.

voie publique peut s'analyser comme une mesure de géolocalisation rattachée à une mesure de la police administrative.

7. Géolocalisation et biométrie. Cependant, la question de la localisation de la personne par son corps ne connaît pas d'encadrement clair de la part du droit positif. En effet, aucun des aspects de cette dernière n'est traité par la loi relative à la géolocalisation. Et si ce lien peut se retrouver en doctrine, il n'est pas pour autant évident et nécessite d'être construit. Si la géolocalisation des personnes physiques est, aux termes de la loi de 2014, une conséquence de la localisation d'objet, concernant les systèmes biométriques, il est possible de considérer que la localisation est une conséquence structurelle de l'utilisation de systèmes biométriques et indissolublement liée à ces derniers. Au contraire, en ce qui concerne la localisation des objets, les liens avec la géolocalisation de la personne sont une présomption simple et artificielle puisque la personne est simplement « *supposée détenir* » les objets localisés.

8. Mais, de manière plus générale, la question de l'existence d'une fonction latente de la biométrie peut perturber la conciliation opérée par l'ensemble des émetteurs de normes entre les droits fondamentaux et l'ordre public. Dans la mesure où l'atteinte aux droits fondamentaux prise en compte ne serait alors que parcellaire et ne recouvrirait pas l'ensemble des droits fondamentaux malmenés. Quant à la protection de l'ordre public, si la localisation permet de renforcer grandement sa composante sécuritaire, l'absence de mention expresse de cette fonction amène à sous-estimer cette fonction dans la conciliation opérée. Cette modification n'a pas pour conséquence une simple modification du curseur de la conciliation, mais bien une impossibilité de considérer la conciliation comme réaliste puisque cette dernière n'insère pas cette nouvelle fonction dans son équation.

9. Partant, s'il est possible de s'interroger sur l'existence d'une localisation des personnes physiques dans l'espace public (section I), il est possible de constater que l'encadrement juridique de cette dernière fonction n'est que parcellaire (section II).

Section 1. La localisation des personnes physiques dans l'espace public

10. Rêve benthamien et cauchemar orwelien, la localisation permanente des individus est sortie du monde des fantasmes pour être désormais autorisée par le droit positif, principalement comme une mesure de police judiciaire ; mais il est possible de montrer qu'elle peut exister aussi par le biais des dispositifs de police administrative. Mais avant de rentrer plus avant dans l'étude de ce nouveau type d'information désormais enregistré par l'État, il convient cependant de se garder de toute considération pour les traitements futurs que pourraient connaître ces informations, notamment au regard de l'augmentation des capacités de traitement des systèmes informatiques. En effet, cette hypothèse pourrait modifier structurellement les possibilités des bases de données actuelles. Aujourd'hui, la société de contrôle¹⁷⁵⁷, le panoptique permanent¹⁷⁵⁸ ou le spectre d'un « big brother »¹⁷⁵⁹, omniscients et omnipotents ne sont pour l'instant que des constructions philosophiques ou des délires scientifiques qui n'entraînent que peu de conséquences sur le « monde réel »¹⁷⁶⁰. Tout au plus, si ces éléments permettent certaines dérives ; elles restent marginales et il est impossible de les systématiser à partir des marges. Pour contourner cet obstacle épistémologique¹⁷⁶¹, il convient de se focaliser sur le droit positif, à l'aune de l'état actuel des sciences et techniques. En fin de compte, la localisation des personnes physiques est aujourd'hui une réalité qui connaît juridiquement deux aspects.

¹⁷⁵⁷ G. DELEUZE, « post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *l'autre Journal.*, vol. 1, 1990, pp. 2-5.

¹⁷⁵⁸ Bien qu'apparaissant comme une figure architecturale dans les travaux de Bentham, il est possible de constater que ce sont principalement les travaux de M. FOUCAULT qui ont développé le contrôle panoptique en tant que concept explicatif des phénomènes de pouvoir et de surveillance. Voir notamment M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*. Gallimard, 1975, p. 318.

¹⁷⁵⁹ G. Orwell, *1984*. 1948, p. 407.

¹⁷⁶⁰ D'autant que les systèmes actuellement présentés comme tels ne sont ni omniscient ni omnipotent et n'échappe pas au contrôle démocratique. Ainsi, après les révélations de Chelsea Manning et d'Edward Snowden, la chambre des représentants a voté le 13 mai 2015 le « USA Freedom Act » visant à interdire à la NSA la collecte d'information sur les citoyens américains à l'intérieur du territoire des états unis d'Amérique.

¹⁷⁶¹ Si la prise en compte des possibles évolutions de la science peut être nécessaire, notamment pour montrer les carences du droit positif, qui prévoit l'enregistrement de données sur un temps très long, concernant la localisation en « *temps réel* », notre réflexion ne peut être guidée que par la conciliation réalisée à un moment précis entre la sauvegarde de l'ordre public, la poursuite des responsables d'infractions et les libertés fondamentales des personnes.

11. Concernant son traitement en matière de police judiciaire, le recours à la localisation est expressément prévu par la loi relative à la géolocalisation¹⁷⁶². Pour cette dernière, la localisation de la personne physique est une conséquence de la localisation d'un objet lui appartenant.

12. Le second aspect est une construction reposant sur le postulat qu'au moment de chaque identification biométrique la position du capteur biométrique est connue. Ainsi, que ce soit grâce à un procédé de reconnaissance faciale à partir des bandes de vidéoprotection ou de l'utilisation d'une empreinte digitale pour déverrouiller un dispositif, la position du capteur implique logiquement celle de la personne. Partant de cet axiome, l'utilisation de systèmes biométriques conduit structurellement et logiquement à une localisation de cette dernière. La localisation étant alors une métadonnée, inhérente à la proposition mineure du syllogisme qui sert de modèle de fonctionnement à la biométrie.

13. Dès lors, il sera d'abord question des procédés de géolocalisation prévus par le droit positif (Paragraphe 1), avant de s'intéresser aux conséquences du recours à la biométrie : la suppression du lien de causalité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La géolocalisation des personnes physiques.

14. Le droit positif, qui organise désormais la géolocalisation des personnes physiques, reste cependant peu disert sur son champ d'application *ratione loci*, ainsi que sur ses modalités de fonctionnement.

15. Ainsi, il sera dans un premier temps question de l'existence d'un champ d'application spécifique (A) puis dans un second temps des modalités de fonctionnement de la géolocalisation (B).

¹⁷⁶² Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation

A. Le champ d'application de la localisation des personnes physiques

16. En fonction du type de police mobilisé, deux champs d'application *ratione loci* de la géolocalisation des personnes physiques sont envisageables : soit « l'espace public »¹⁷⁶³ soit « le territoire national »¹⁷⁶⁴. Le champ d'application de la géolocalisation serait donc à géométrie variable en fonction de son rattachement aux polices administrative et judiciaire. Dans cette perspective, les mesures de police administrative connaissent un champ d'application plus restreint que les mesures de police judiciaire, le territoire national englobant l'espace public.

17. Ainsi, si dans un premier temps il est possible de constater que la géolocalisation comme moyen de police judiciaire a vocation à s'appliquer sur l'ensemble du territoire national (1), quelques précisions sont toutefois nécessaires sur le concept d'espace public (2), champ d'enregistrement des informations relatives à la police administrative et composante du territoire national.

1. Police judiciaire et territoire national

18. Géolocalisation hors espace public. Dans une première approche, la localisation par l'État se heurterait au principe d'inviolabilité du domicile, qui encadre fortement les possibilités d'intrusion de la puissance publique dans ce dernier. Ainsi, la géolocalisation serait pour l'essentiel possible dans des lieux non privés. Pourtant, alors que « l'espace public » dans son acception législative couvre la majorité des espaces où l'État localise les personnes, il existe d'autres espaces où ce traitement peut avoir lieu. Effectivement, en cas de localisation sur une scène de crime, c'est parfois dans des lieux privés que ce traitement a lieu. Dans cette perspective, la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, considère « le territoire national » comme son champ d'application *ratione loci*. Et la CNIL, dans sa délibération sur la loi sur la géolocalisation, reprend à son compte le concept d'espace public comme composante du champ d'application de la

¹⁷⁶³ Article 2 de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*

¹⁷⁶⁴ Article 1 de la loi relative à la géolocalisation.

géolocalisation¹⁷⁶⁵. S'agissant du champ d'application de la géolocalisation en matière judiciaire, le territoire national est divisé dans la loi entre les lieux publics et les lieux privés.

19. Géolocalisation dans des lieux publics. La géolocalisation dans des lieux publics connaît deux régimes juridiques distincts : l'un de principe et l'autre, dérogatoire applicable en cas d'urgence. Par principe, concernant la recherche des causes de la mort ou la disparition d'une personne, une autorisation de géolocalisation d'un délai de 4 mois peut être donnée par le juge d'instruction. Dans les autres hypothèses, le délai sera réduit à 15 jours, mais renouvelable par le juge des libertés et de la détention. En cas d'urgence, c'est-à-dire en cas de « *risque imminent de dépérissement des preuves ou d'atteinte grave aux personnes ou aux biens* »¹⁷⁶⁶, la géolocalisation est décidée par un officier de police judiciaire sous réserve d'une information du parquet.

20. Géolocalisation dans des lieux privés. Concernant la géolocalisation des personnes dans des lieux privés, la loi en a prévu l'existence « *sous la condition d'un rôle accru du juge et avec la précision d'une nouvelle distinction liée à l'intensité de la nature privée du lieu* »¹⁷⁶⁷. En effet, la loi distingue les lieux privés ordinaires¹⁷⁶⁸, des autres lieux privés, tout en prévoyant un régime juridique très restrictif¹⁷⁶⁹ en ce qui concerne le domicile. Dès lors, aucun lieu privé n'est exclu du champ d'application de la loi sur la géolocalisation.

¹⁷⁶⁵ « A titre liminaire, la Commission rappelle que l'utilisation de dispositifs de géolocalisation est particulièrement sensible au regard des libertés individuelles, dès lors qu'ils permettent de suivre de manière permanente et en temps réel des personnes, aussi bien dans l'espace public que dans des lieux privés ». CNIL, Délibération n° 2013-404 du 19 décembre 2013 portant avis sur un projet de loi relatif à la géolocalisation.

¹⁷⁶⁶ Article 2030-35

¹⁷⁶⁷ J. PRADEL, « Un exemple de vide législatif comblé dans l'urgence . - À propos de la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 », *la semaine juridique Edition générale*, vol. 14, p. 415.

¹⁷⁶⁸ Ceux « destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel, ou dans un véhicule situé sur la voie publique ou dans de tels lieux (...) »,

¹⁷⁶⁹ Article 230-35 du code de Procédure pénal » *Toutefois, si l'introduction dans un lieu d'habitation est nécessaire, l'officier de police judiciaire doit recueillir l'accord préalable, donné par tout moyen* « 1° Dans les cas prévus au 1° de l'article 230-33, du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le procureur de la République ; « 2° Dans les cas prévus au 2° du même article 230-33, du juge d'instruction ou, si l'introduction doit avoir lieu en dehors des heures prévues à l'article 59, du juge des libertés et de la détention, saisi à cette fin par le juge d'instruction. « Ces magistrats disposent d'un délai de vingt-quatre heures pour prescrire, par décision écrite, la poursuite des opérations. A défaut d'une telle autorisation dans ce délai, il est mis fin à la géolocalisation. Dans les cas prévus au premier alinéa du présent article, l'autorisation comporte l'énoncé des circonstances de fait établissant l'existence du risque imminent mentionné à ce même alinéa. »

21. Ainsi, il n'y a pas d'homogénéité des régimes juridiques de la géolocalisation, en fonction du lieu d'exécution de ce traitement. Pourtant, le renforcement des garanties procédurales pour les espaces privés, et notamment du domicile, semble bien illusoire, notamment au regard des tactiques qui pourraient être mises en place pour contourner les régimes les plus restrictifs. Cependant, cet éclatement des régimes juridique est inexistant en matière de police administrative, la localisation pour cette dernière se faisant sur un territoire déterminé : l'espace public.

2. Police administrative et espace public

22. **Définition.** Pour la police administrative, la localisation sur le territoire national peut être assimilée à la localisation dans « l'espace public » au sens de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Cette interdiction générale¹⁷⁷⁰ a connu une procédure singulière puisque précédée du vote d'une résolution¹⁷⁷¹. Après son vote en une seule lecture, elle a fait l'objet d'une saisine conjointe des Présidents des deux assemblées, chose inédite sous la Ve République. Et si, comme le remarque Robert HANICOTTE, « *jamais masques n'auront fait couler autant d'encre* »¹⁷⁷², cette apparente simplicité procédurale a peut-être nui à la clarté de la loi et notamment dans sa définition de l'espace public. Deux précisions s'imposent alors. D'abord, l'espace public est une construction résultant de l'accumulation de trois composantes. En effet, il est « *constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public* »¹⁷⁷³. Ensuite, si d'autres catégories juridiques existent, notamment le domaine public, il est possible de constater que seule la catégorie « d'espace public » a été construite par circulaire autour d'une problématique relative à l'identification.

¹⁷⁷⁰ Article 1 de la loi « *Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage* ».

¹⁷⁷¹ Assemblée Nationale, Résolution du 11 mai 2010 sur l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte.

¹⁷⁷² R. HANICOTTE, « Visage Caché, oeil policier », *AJDA*, 2010, p. 417.

¹⁷⁷³ Article 2 de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*

23. Concernant ces trois éléments de définition, quelques précisions s'imposent. Fruit d'un compromis entre parlementaires, cette notion d'espace public a été choisie pour son caractère relativement large, tout en empêchant une extension aux espaces privés et notamment aux domiciles. Et si certains auteurs¹⁷⁷⁴ se sont empressés de dénoncer certaines incohérences marginales¹⁷⁷⁵, force est de constater que ce champ d'application prend en compte la majorité des circonstances où une personne est en rapport avec un tiers, proximité qu'impliquent « les exigences minimales de la vie en société »¹⁷⁷⁶. D'ailleurs, on retrouve cet élément dans la jurisprudence de la CEDH puisque « *la Cour prend en compte le fait que l'État défendeur considère que le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale. Elle peut comprendre le point de vue selon lequel les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée* ».¹⁷⁷⁷ Néanmoins, au-delà de ce champ d'application large, constitutif d'une « ingérence permanente »¹⁷⁷⁸ dans la vie privée, les critiques concernant ce concept se sont focalisées tant sur son aspect novateur que sur son imprécision.

24. Aspect novateur. Très présente dans les travaux de HABERMAS¹⁷⁷⁹, en tant qu'espace de discussion, la notion d'espace public imputée au philosophe de Francfort

¹⁷⁷⁴ A. LEVADE, G. CARCASSONNE, J. HALPERIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. MILLARD, & D. ROUSSEAU, « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166.

¹⁷⁷⁵ « *on peut donc imaginer que le passager d'une voiture particulière décapotable (et non pas le conducteur, lequel pourrait être astreint à maintenir son visage découvert non pas en vertu de la présente loi mais plutôt d'une certaine interprétation du code de la route), qui serait porteur de lunettes ne permettant pas son identification, ne pourrait pas être poursuivi sur le fondement de la présente loi, bien que son visage à l'air libre dans la décapotable soit en contact immédiat avec l'espace de la rue, alors qu'il serait pénalement fautif s'il arpentait la même rue, mais comme piéton cette fois-ci !* » O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166.

¹⁷⁷⁶ Cons. Cons., décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. Cons. 4.

¹⁷⁷⁷ CEDH, *S.A.S c. France*, 1 juillet 2014, n° 43835/11. § 122.

¹⁷⁷⁸ CEDH, *S.A.S c. France*, 1 juillet 2014, n° 43835/11. § 110.

¹⁷⁷⁹ J. HABERMAS, *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Payot, 1997, p. 324.

par un « réflexe pavlovien »¹⁷⁸⁰ pour reprendre l'expression de Dominique ROUSSEAU, n'a pas au premier abord, pour l'école de Francfort, la même signification que celle retenue par la loi du 11 octobre 2010. Pourtant, force est de constater que l'interdiction de masquer son visage a été édictée par un impératif sous-jacent de communication. La personne qui masque son visage nie autrui ou, pour reprendre la formule du Conseil constitutionnel, nie « *les exigences minimales de la vie en société* » : le fait de masquer son visage placerait la femme dans « *une situation d'exclusion et d'infériorité* »¹⁷⁸¹. Ce focus sur « *l'apparition de pratiques, jusqu'alors exceptionnelles* », semble aller à l'encontre de la volonté du législateur, aiguillé par le Conseil d'État¹⁷⁸², de ne pas viser spécifiquement la « burqa »¹⁷⁸³, mais plus globalement l'ensemble des pratiques ayant pour conséquence de camoufler le visage. Ainsi, si cette nouvelle définition du concept « d'espace public » est juridiquement novatrice, c'est principalement à cause de l'interdiction qui s'en sert comme support : celle de masquer son visage.

¹⁷⁸⁰ D. ROUSSEAU, « Jürgen HABERMAS et le Droit », *RDP* vol. 6, 2007, p. 1476.

¹⁷⁸¹ Cons. Cons., décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. Cons. 4.

¹⁷⁸² Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*. 2010, p. 46. Disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000146/>

¹⁷⁸³ Bien que les débats parlementaires aient abordés cet aspect de la loi, comme le remarque A. LEVADE « *Devant chacune des assemblées fut ainsi défendue l'idée d'une interdiction ciblée et, dans les deux cas, ce sont des arguments juridiques qui furent invoqués, les orateurs prenant soin, par ailleurs, d'insister sur le consensus quant au rejet de la pratique. Que l'on en juge ! En premier lieu, devant la commission des lois de l'Assemblée, Jean Glavany affirmait « Notre divergence d'appréciation n'est pas d'ordre idéologique : nous avons tous voté la résolution, nous sommes tous d'accord pour empêcher ce type de pratiques dans notre République [...] nous avons une divergence politique : nous considérons que vous prenez un risque d'inconstitutionnalité d'une part, d'inconventionnalité d'autre part, qui est trop lourd » ; c'est la raison pour laquelle il proposait « de n'interdire la dissimulation du visage que dans les services publics et dans certains espaces publics [...] », ajoutant que ces amendements avaient « pour seul but de ne pas prendre le risque constitutionnel et conventionnel auquel le texte nous exposerait s'il était adopté dans sa rédaction actuelle » (rapp. AN 23 juin 2010, p. 49). En second lieu, au Sénat, c'est en séance publique qu'un amendement comparable était présenté par Jean-Pierre Sueur qui le justifiait dans les termes suivants « nous sommes tous contre la burqa, nous sommes tous des défenseurs du respect de la dignité des femmes, nous sommes tous partisans du respect de l'égalité entre les hommes et les femmes. Ce n'est donc pas cela qui peut nous séparer. En revanche, nous sommes pour notre part extrêmement attachés à ce que la loi [...] bénéficie de toutes les précautions juridiques nécessaires ». Affirmant vouloir « tirer toutes les conséquences de la décision du Conseil d'État », il proposait « d'interdire le port de la burqa, c'est-à-dire la dissimulation du visage, « au sein d'un espace affecté au service public ou dès lors que des raisons liées à la sécurité publique ou à la lutte contre la fraude l'exigent » » (*JO Sénat CR*, 15 sept. 2010, p. 6755) » A. LEVADE, « Épilogue d'un débat juridique: l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée! », la semaine juridique Edition générale, n° 43, 2010, p. 1043.*

25. Imprécision. Unanimement dénoncée par la doctrine¹⁷⁸⁴, l'imprécision tant de la loi que de la décision du Conseil constitutionnel attenante a eu pour conséquence l'existence d'une marge d'interprétation étendue pour le pouvoir réglementaire¹⁷⁸⁵. Cette imprécision a été justifiée par la crainte d'une contradiction entre cette disposition et l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, alors même que le législateur s'était abstenu de toute référence religieuse. Tout d'abord, la Cour de cassation dans un arrêt du 5 mars 2013 est venue préciser la conventionnalité de la loi en considérant que « [...] si l'article 9 de la Convention [...] garantit l'exercice de la liberté de pensée, de conscience et de religion, l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; [...] tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage ; [...] »¹⁷⁸⁶. Pourtant, ce brevet de conventionnalité restait suspendu à l'interprétation de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En 2009, la Cour avait conclu à l'absence de violation de l'article 9¹⁷⁸⁷ concernant l'exclusion d'un jeune Sikh fondée sur la loi du 15 mars 2004¹⁷⁸⁸. Dans cette affaire, la Cour avait justifié sa position en considérant que « l'interdiction de tous les signes religieux ostensibles dans les écoles, collèges et lycées publics a été motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité et que cet objectif est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention ». Pourtant, la question de la conventionnalité de la loi interdisant la dissimulation du visage sur l'espace public se posait avec acuité eu égard au champ d'application de cette dernière beaucoup plus large que les écoles, collèges et lycées. Néanmoins, cette condamnation

¹⁷⁸⁴ A. LEVADE, G. CARCASSONNE, J. HALPERIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. MILLARD ET D. ROUSSEAU, « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166.

¹⁷⁸⁵ O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166.

¹⁷⁸⁶ Cour de Cass., Ch. Crim., 5 mars 2013, *Hind X*, n°12-80891.

¹⁷⁸⁷ CEDH, *Jasvir Singh c. France*, 30 juin 2009, n°25463/08.

¹⁷⁸⁸ Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics

n'a pas eu lieu¹⁷⁸⁹, l'interdiction se justifiant « *au nom du vivre ensemble* »¹⁷⁹⁰. D'ailleurs, il peut apparaître comme surprenant que dans les arguments amenés par le Gouvernement français, c'est le moins précis juridiquement qui a emporté la conviction de la Cour. Le gouvernement avait mobilisé trois arguments pour considérer que l'interdiction était une limite à la liberté de religion couverte par l'alinéa 2 de l'article 9¹⁷⁹¹. En effet, le Gouvernement a considéré qu'une telle interdiction était justifiée par « *le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte* », notion qui renvoie à trois valeurs : le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes et le respect des exigences minimales de la vie en société. Concernant l'égalité, la Cour considère qu'elle ne peut être opérante, car non applicable à un port non contraint de ce vêtement¹⁷⁹². Quant à la dignité, elle considère de manière restrictive¹⁷⁹³ qu'elle « *ne dispose d'aucun élément susceptible de conduire à considérer que les femmes qui portent le voile intégral entendent exprimer une forme de mépris à l'égard de ceux qu'elles croisent ou porter autrement atteinte à la dignité d'autrui.* »¹⁷⁹⁴ Ainsi, les exigences de vie en société peuvent justifier une obligation pour la personne de ne pas masquer son visage puisque cette pratique implique une impossibilité de sociabilité par l'impossibilité d'identification. La reconnaissance mutuelle est alors considérée comme la base du vivre ensemble. Pourtant, la question de

¹⁷⁸⁹ CEDH, S.A.S c. France, 1 juillet 2014, n° 43835/11.

¹⁷⁹⁰ « *La Cour prend en compte le fait que l'État défendeur considère que le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale. Elle peut comprendre le point de vue selon lequel les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée. La Cour peut donc admettre que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble. Cela étant, la flexibilité de la notion de « vivre ensemble » et le risque d'excès qui en découle commandent que la Cour procède à un examen attentif de la nécessité de la restriction contestée.* » CEDH, S.A.S c. France, 1 juillet 2014, n° 43835/11, §122.

¹⁷⁹¹ « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

¹⁷⁹² § 119.

¹⁷⁹³ En effet, dans la droite ligne de ses jurisprudences antérieures (CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique.*), la Cour considère, contrairement à la vision du Conseil d'Etat en France, que la dignité de la personne ne peut être une justification d'une interdiction visant à protéger la personne contre elle-même.

¹⁷⁹⁴ §121.

l'identification par un traitement de données est étonnamment absente de la lettre de cet arrêt.

26. D'ailleurs, si certains auteurs font un lien diffus entre l'obligation d'être identifiable et le développement de la vidéoprotection, il est possible de constater que tant la question de la localisation de la personne que celle de l'identification en temps réel restent étonnamment absentes de la doctrine. Le choix d'une conception large de « l'espace public » sous-tendue par des conceptions larges de ses composantes n'est pas un choix anodin et correspond à une stratégie du législateur qu'il est possible de synthétiser.

27. **Conception large de l'espace public.** Tout d'abord, à la suite de O. Bui-Xuan¹⁷⁹⁵, il est possible de s'interroger sur le choix du singulier. En effet, jusqu'à la loi de 2010, le concept d'espace était en droit français classiquement pluriel¹⁷⁹⁶. Le choix du singulier implique une certaine continuité de l'existence de cet espace, qui ne serait dès lors pas fractionnable. Au-delà de ce caractère unitaire, sa définition est incompatible avec la circulaire émanant du Ministre de l'Intérieur¹⁷⁹⁷ pourtant chargée de préciser la notion¹⁷⁹⁸. Effectivement, en mobilisant le concept de dignité, cette dernière rend étrange la limitation induite dans la définition de l'espace public. En effet, en allant jusqu'au bout de la logique, il y aurait des atteintes à la dignité non encadrées par le droit : celles n'ayant pas lieu dans l'espace public. La dignité serait fragmentée et ne pourrait être alors un

¹⁷⁹⁵ O. Bui-Xuan, « L'espace public: l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique? Réflexion sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *Revue française de droit administratif*, 2011, p. 551.

¹⁷⁹⁶ « Pourtant, la question méritait d'être posée, dans la mesure où l'« espace public » n'était pas, jusqu'à présent, une catégorie juridique. Les textes comprenant le mot « espace » au singulier sont d'ailleurs rares. On peut trouver des références à « l'aménagement de l'espace », à l'espace « aérien », « agricole », « montagnard » ou encore à l'espace « littoral », mais le plus souvent le terme « espace » est, dans les textes juridiques, employé au pluriel. On parle ainsi volontiers d'espaces « naturels », « agricoles », « forestiers », « insulaires », « protégés », ou tout simplement d'espaces « verts » ou d'espaces « commerciaux ». Un certain nombre de textes se réfèrent par ailleurs aux « espaces publics », la législation relative aux plans locaux d'urbanisme évoquant par exemple les « voies et espaces publics », mais jamais « l'espace public » au singulier » O. BUI-XUAN, « L'espace public: l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique? Réflexion sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *RFDA*, 2011, p. 552.

¹⁷⁹⁷ Circulaire N° NOR IOC/D/11/09134/C, signée par M. Claude Guéant, ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, ayant pour objet l'application de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹⁷⁹⁸ Néanmoins, il est possible de constater qu'une seconde circulaire, émanant du premier ministre, ne mentionne pas la dignité. Voir circulaire du premier Ministre Relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, JO 3 mars, p. 4128.

principe matriciel¹⁷⁹⁹ puisque pluriel. Dès lors, indépendamment de la référence réglementaire à la dignité, la justification de l'interdiction par les « *exigences minimales de la vie en société* »¹⁸⁰⁰ par le Conseil constitutionnel implique un certain nombre de corollaires.

28. Inexistence d'un ordre public immatériel. En effet, il est possible de penser à la suite des professeurs BERTRAND MATHIEU¹⁸⁰¹ et FREDERIC DIEU¹⁸⁰² que cette loi, au contraire du rapport du Conseil d'État¹⁸⁰³, confirmerait l'existence d'un ordre public immatériel à côté de l'ordre public « matériel et extérieur »¹⁸⁰⁴. Pourtant, aussi séduisante soit-elle, cette théorie ne convainc pas. En effet, la définition large retenue de « l'espace public » éclaire la fonction première de cette interdiction. Cette dernière permet, en lien avec le développement des techniques de reconnaissance biométriques, d'enregistrer un maximum d'informations qui se transformeront en preuves en cas d'infraction. Dès lors, cette obligation d'être identifiable dans l'espace public s'analyse comme une mesure de police en lien avec une composante traditionnelle de l'ordre public matériel : la sécurité. D'ailleurs, ce lien entre interdiction de masquer son visage et sécurité se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation. A propos d'une atteinte à la liberté religieuse, et plus précisément concernant une hypothétique violation de l'article 9 de la Convention EDH, la Cour de cassation a jugé que « *l'alinéa 2 de ce texte dispose que cette liberté peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi et constituant, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre,*

¹⁷⁹⁹ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de “principe matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 211.

¹⁸⁰⁰ Cons. Cons., décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. Cons. 4.

¹⁸⁰¹ B. MATHIEU, « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur “ le voile intégral ”. La reconnaissance implicite d'un ordre public “ immatériel ” », *la semaine juridique Edition générale*, n°42, 2010, pp. 1-5.

¹⁸⁰² F. DIEU, « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, n°48, 2010.

¹⁸⁰³ D. BECHILLON, « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA*, 2010, p. 467.

¹⁸⁰⁴ « *l'ordre matériel et extérieur considéré comme un État de fait opposé au désordre, l'État de paix, opposé à l'État de trouble ... en d'autres termes elle ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées et dans les sentiments, elle ne pourchasse pas les désordres moraux, elle est pour cela radicalement incompétente : si elle l'essayait, elle verserait immédiatement dans l'inquisition et dans l'oppression des consciences à cause de la lourdeur de son mécanisme* » M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ème éd., Sirey 1933, p.549. Disponible en ligne.

de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ; que tel est le cas de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public en ce qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public de montrer son visage »¹⁸⁰⁵. Ainsi, rattachée à une composante classique de l'ordre public, l'interdiction de masquer son visage ne nécessite pas la création *ex nihilo* d'un nouvel objet juridique ; puisqu'en obligeant les personnes à être identifiables dans l'espace public, elle permet la captation et l'enregistrement d'informations, notamment par le biais de systèmes biométriques traçants, utilisés en cas d'infraction.

B. Les modalités de fonctionnement de la géolocalisation

29. Précédemment prévue par des dispositions diverses et éparées, la géolocalisation, a connu une évolution en droit français par deux arrêts de la Cour de cassation¹⁸⁰⁶ qui ont conditionné la légalité de ces mesures, notamment au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'existence d'une autorisation d'un juge indépendant et non simplement d'un parquetier. Pour ne pas paralyser les services de police, le législateur a, dans l'urgence¹⁸⁰⁷, adopté la loi du 28 mars 2014¹⁸⁰⁸ relative à la géolocalisation afin de tirer toutes les conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation inspirée par la position de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Uzun c. Allemagne* du 2 septembre 2010¹⁸⁰⁹. Dans cette décision, la Cour considère

¹⁸⁰⁵ Cass. Crim. 5 mars 2013, n° 12-80.891, D. 2013. 710 et 2713, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL ET T. POTASZKIN ; *AJ pénal* 2013. 400, note P. de Combles de Nayves

¹⁸⁰⁶ « 1°/ alors que toute ingérence dans la vie privée et familiale doit être prévue par une loi suffisamment claire et précise pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à recourir à de telles mesures ; que la géolocalisation et le suivi dynamique en temps réel d'une ligne téléphonique à l'insu de son utilisateur constitue une ingérence dans la vie privée et familiale qui n'est compatible avec les exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'à la condition d'être prévue par une loi suffisamment claire et précise ; qu'en affirmant que les articles 12, 14 et 41 du code de procédure pénale qui ne prévoient ni les circonstances, ni les conditions dans lesquelles un tel dispositif peut être mis en place, constitueraient une base légale suffisante à cette ingérence, l'arrêt attaqué a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; » Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 22 octobre 2013, 13-81.949, Publié au bulletin

¹⁸⁰⁷ J. PRADEL, « Un exemple de vide législatif comblé dans l'urgence . - À propos de la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 », *la semaine juridique Edition générale*, vol. 14, p. 415.

¹⁸⁰⁸ Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation

¹⁸⁰⁹ CEDH, 5^e sect., 2 sep. 2010, *Uzun c/ Allemagne*, Req. n° 35623/05, Dalloz actualité, 20 sept. 2010, obs. S. Lavric ; D. 2011.724, note H. Matsopoulou ; RSC 2011.217, obs. D. Roets ; JCP 2010. 905, obs. Grabarczyk ; JCP 2011. 94, obs. F. SUDRE.

tout d'abord que la géolocalisation par GPS du demandeur pouvait être considérée comme une atteinte à sa vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. Elle s'est ensuite interrogée sur le caractère législatif (bien prévue par la loi de la géolocalisation en Allemagne), et la proportionnalité de cette atteinte. À cet égard, la haute juridiction a considéré que l'existence d'un contrôle judiciaire et l'exclusion des preuves en son absence étaient des garanties suffisantes pour considérer la géolocalisation comme une atteinte et non comme une violation.

30. Ainsi, si la loi prévoit qu' « *il peut être recouru à tout moyen technique destiné à la localisation en temps réel, sur l'ensemble du territoire national, d'une personne, à l'insu de celle-ci, d'un véhicule ou de tout autre objet, sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur* »¹⁸¹⁰, il est possible de constater qu'au vu des motifs¹⁸¹¹ de cette loi, et en l'absence de mention expresse de la biométrie, celle-ci porte principalement sur la localisation des objets (1) qui permet celle de la personne (2).

1. Le développement d'une géolocalisation portant sur des objets.

31. Champ d'application de la loi. La loi relative à la géolocalisation, en instaurant un nouveau titre dans le code de procédure pénale, donne un cadre légal à ce nouveau moyen d'enquête¹⁸¹². Tout d'abord, de manière assez logique, la loi permet l'utilisation

¹⁸¹⁰ Article 203-32 du code de procédure pénal

¹⁸¹¹ « En pratique, il existe deux techniques de géolocalisation en temps réel lors d'une enquête : le suivi dynamique, en temps réel, d'un terminal de télécommunication permet, par la mise en œuvre d'une procédure spécifique, de localiser notamment un téléphone portable ; l'utilisation d'un dispositif dédié (une balise), installé sur un objet ou un moyen de transport, permet de déterminer, en temps réel, la position d'un objet (véhicule, container) ou d'un individu. »

¹⁸¹² Désormais, l'article 230-32 du code de procédure pénale précise « *Il peut être recouru à tout moyen technique destiné à la localisation en temps réel, sur l'ensemble du territoire national, d'une personne, à l'insu de celle-ci, d'un véhicule ou de tout autre objet, sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur, si cette opération est exigée par les nécessités* » 1° D'une enquête ou d'une instruction relative à un délit prévu au livre II ou aux articles 434-6 et 434-27 du code pénal, puni d'un emprisonnement d'au moins trois ans ; « 2° D'une enquête ou d'une instruction relative à un crime ou à un délit, à l'exception de ceux mentionnés au 1° du présent article, puni d'un emprisonnement d'au moins cinq ans ; « 3° D'une procédure d'enquête ou d'instruction de recherche des causes de la mort ou de la disparition prévue aux articles 74, 74-1 et 80-4 ; « 4° D'une procédure de recherche d'une personne en fuite prévue à l'article 74-2. « *La géolocalisation est mise en place par l'officier de police judiciaire ou, sous sa responsabilité, par l'agent de police judiciaire, ou prescrite sur réquisitions de l'officier de police judiciaire, dans les conditions et selon les modalités prévues au présent chapitre.* » Art. 230-33. - *L'opération mentionnée à l'article 230-32 est autorisée* « 1° Dans le cadre d'une enquête de flagrance, d'une enquête préliminaire ou d'une procédure prévue aux articles 74 à 74-2, par le procureur de la République, pour une durée maximale de quinze jours consécutifs. A l'issue de ce délai, cette opération est autorisée par le juge des libertés et de

des moyens de localisation sur « l'ensemble du territoire national », notion qui implique un champ d'application *ratione loci* maximal. Ce concept de territoire national est présent dans la Constitution française comme champ d'application des libertés publiques que l'État se doit de garantir¹⁸¹³.

32. Quant au champ d'application matériel, la loi a vocation à s'appliquer à l'ensemble des objets qui enregistrent leurs positions soit comme données soit comme métadonnées. Effectivement, ces enregistrements connaissent deux hypothèses explicitées dans l'exposé des motifs de la loi¹⁸¹⁴. Ou bien il est recherché par le système, ou bien il est une conséquence du fonctionnement du système.

33. Le cas du téléphone. L'année précédant la loi sur la géolocalisation, ce n'est pas moins de 20 000 téléphones¹⁸¹⁵ qui ont fait l'objet d'une procédure de géolocalisation dans un cadre juridique des plus incertains, puisqu'antérieur à la loi de 2014. La géolocalisation du téléphone portable est une conséquence de la connexion de ce dernier au réseau d'un opérateur. Dès lors, c'est en récupérant auprès de ce dernier les informations relatives aux antennes auxquelles le téléphone se connecte que la localisation de l'individu peut avoir lieu, soit en procédant à un « suivi dynamique » selon l'expression de la Cour de cassation¹⁸¹⁶, soit en recherchant la localisation de la personne, non plus en temps réel, mais à un moment donné. Ainsi, concernant le téléphone mobile, l'exploitation des métadonnées permet de localiser les individus. En outre, la localisation de la personne par le biais de son téléphone peut être aussi recherchée

la détention à la requête du procureur de la République, pour une durée maximale d'un mois renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée ; 2° Dans le cadre d'une instruction ou d'une information pour recherche des causes de la mort ou des causes de la disparition mentionnées aux articles 74, 74-1 et 80-4, par le juge d'instruction, pour une durée maximale de quatre mois renouvelable dans les mêmes conditions de forme et de durée. « La décision du procureur de la République, du juge des libertés et de la détention ou du juge d'instruction est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours. »

¹⁸¹³ Article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958 » [...] *la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'État, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques* »

¹⁸¹⁴ « *En pratique, il existe deux techniques de géolocalisation en temps réel lors d'une enquête : le suivi dynamique, en temps réel, d'un terminal de télécommunication permet, par la mise en œuvre d'une procédure spécifique, de localiser notamment un téléphone portable ; l'utilisation d'un dispositif dédié (une balise), installé sur un objet ou un moyen de transport, permet de déterminer, en temps réel, la position d'un objet (véhicule, container) ou d'un individu* »

¹⁸¹⁵ J. PRADEL, « Un exemple de vide législatif comblé dans l'urgence . - À propos de la loi n ° 2014-372 du 28 mars 2014 », *la semaine juridique Edition générale*, vol. 14, p. 415.

¹⁸¹⁶ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 22 octobre 2013, 13-81.949, Publié au bulletin

grâce au système de positionnement satellitaire de ce dernier ; c'est également le cas en ce qui concerne les véhicules.

34. Le cas du véhicule. Concernant la géolocalisation des véhicules, il faut distinguer les éléments de localisation externes de ceux présents au sein même de la voiture. La première catégorie comprend des éléments qui, en recherchant des infractions, ont pour conséquence de localiser le véhicule. C'est par exemple le cas des systèmes de « vidéo-verbalisation » ou des radars routiers qui, en contrôlant la vitesse, ont aussi pour effet induit de localiser le véhicule de la personne à un moment donné. Quant aux moyens techniques présents ou rajoutés au sein de la voiture, leur régime juridique est justement précisé dans la loi relative à la géolocalisation. Mais ici la localisation n'est pas un effet subséquent, mais bien la fonction première du système. Cependant, l'adjonction d'une balise de localisation à un véhicule par les services de police est l'hypothèse statistiquement la plus importante concernant les véhicules.

35. L'émergence du BYOD. Aujourd'hui, les systèmes biométriques ne sont plus le monopole des États et des grandes entreprises, mais se développent aussi pour les particuliers. Cette évolution, connue sous le nom de « BYOD » (Bring your own device), consiste en une multiplication des capteurs biométriques dans les téléphones ou dans les ordinateurs, ainsi qu'en une personnalisation de l'usage ; la personne étant alors responsable du traitement des informations. 2013 est l'année du développement des capteurs d'empreintes digitales dans les téléphones portables dans le but d'en contrôler l'accès ou de sécuriser les paiements. Cette utilisation des systèmes biométriques de confort afin d'éviter la saisie répétitive des mots de passe ne s'est pas accompagnée pour autant d'un développement de son encadrement juridique. En effet, ces systèmes biométriques sont exclus *ratione materiae* du champ d'application de la loi informatique et libertés. Si les données biométriques sont sans aucun doute des données à caractère personnel, le droit français, contrairement au droit de la Convention européenne¹⁸¹⁷, ne s'intéresse pas exclusivement à la mémorisation des données, mais principalement à leur traitement. Et ces traitements de données « *uniquement personnels* » sont exclus par l'article 2 de la loi de 1978 de son champ d'application¹⁸¹⁸. Dès lors, si les constructeurs

¹⁸¹⁷ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. n° 30562/04 et 30566/04

¹⁸¹⁸ « La présente loi s'applique aux traitements automatisés de données à caractère personnel, ainsi qu'aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers, à l'exception des traitements mis en œuvre pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles, lorsque leur responsable remplit les conditions prévues à l'article 5 ».

indiquent que les données sont stockées uniquement sur le terminal et qu'elles ne sont pas accessibles par des applications tierces, il faut alors constater que ces protections d'ordre technique sont bien illusoire et ne devraient pas permettre une absence de protection juridique. En Europe, ces nouveaux systèmes inquiètent. Johannes Caspar, le responsable de la CNIL allemande, les considère même comme « *mal avisés et inutiles* ».

2. La géolocalisation des personnes comme conséquence de la géolocalisation des objets

36. Sens de la loi. En effet, si la loi de 2014 s'attarde sur les objets et véhicules, elle poursuit pour objectif « *la localisation en temps réel, sur l'ensemble du territoire national, d'une personne, à l'insu de celle-ci* »¹⁸¹⁹. Et à l'exception d'une localisation par recours à la biométrie, cette dernière n'est possible qu'en localisant des objets ou un véhicule appartenant à la personne recherchée. D'ailleurs et cela est relativement surprenant, ni l'étude d'impact, ni l'exposé des motifs de la loi, ni les rapports attenants¹⁸²⁰ ne visent expressément les moyens biométriques. Parallèlement, on ne trouve qu'une seule et unique mention, quasi anecdotique, des systèmes de vidéoprotection¹⁸²¹, alors même que l'interdiction portée par la loi est une condition d'effectivité des systèmes de vidéoprotection. Dès lors, cette loi qui avait vocation à combler un vide législatif qui entraînait une inconventionnalité semble faire l'impasse sur la localisation des personnes de manière autonome puisqu'elle se base sur l'existence d'un lien de causalité entre la localisation du dispositif et celle de la personne.

37. Existence d'un lien de causalité. Tout d'abord, l'existence de ce lien ne peut être que postulée puisque la loi reste étonnamment silencieuse sur l'existence et sur la nature de ce lien. En effet, ce lien unidirectionnel semble être un lien de causalité, c'est-à-dire, pour reprendre la définition du Littré, un « *principe en vertu duquel on rattache un effet à sa cause* »¹⁸²². Dans cette perspective, la localisation des dispositifs est bien la cause de la localisation de la personne. Ainsi synthétisé, c'est ce lien de causalité qui est central

¹⁸¹⁹ Article 230-32 du code de procédure pénale.

¹⁸²⁰ J.-P. SUEUR, *Rapport sur le projet de loi relatif à la géolocalisation*, Sénat, vol. 285. 2014, p. 53. Et S. PIETRASANTA, *rapport relatif à la géolocalisation*, Assemblée Nationale, 2014, n° 1732, pp. 1-84.

¹⁸²¹ S. PIETRASANTA, *rapport relatif à la géolocalisation*, Assemblée Nationale, 2014, n° 1732, p. 23.

¹⁸²² É. LITTRÉ, *Le Littré: dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, p. 1839.

dans la localisation de la personne. D'ailleurs, les motifs de la loi sont là aussi relativement clairs puisque ces derniers précisent que la géolocalisation est « *fréquemment utilisée par les services de police, de gendarmerie et des douanes dans les enquêtes, afin de venir en soutien d'une surveillance physique d'une personne ou d'un bien, ou pour établir, en temps réel, l'itinéraire et les fréquentations d'une personne* ». Dès lors, l'existence de ce lien n'est jamais remise en cause, alors même que ce dernier connaît des limites factuelles et juridiques.

38. Les limites du lien de causalité. Factuellement, ce lien peut être très facilement altéré par la personne qui, se séparant du dispositif, empêche toute géolocalisation. À titre d'illustration, dans certains collèges brésiliens, les tenues permettant la géolocalisation des élèves se sont retrouvées attachées aux grilles de l'établissement, empêchant ainsi toute localisation¹⁸²³. En outre, des obstacles juridiques peuvent aussi faire obstacle à la géolocalisation : ainsi en est-il de l'utilisation d'une nouvelle ligne de téléphone ou d'un véhicule loué par un tiers. Mais l'inventaire de ces obstacles n'est pas nécessaire à notre démonstration puisque le simple fait que la personne puisse se débarrasser de l'objet et corollairement altérer ce lien de causalité nuit structurellement à la géolocalisation. En effet, la géolocalisation de la personne est conditionnée à une présomption factuelle que la personne peut très facilement supprimer.

39. Face à cette limite structurelle de la géolocalisation, le recours à la biométrie devient pertinent afin de localiser les personnes. Effectivement, la personne réifiée dans son enveloppe corporelle ne peut que difficilement la modifier¹⁸²⁴ et surtout ne peut s'en défaire.

¹⁸²³ L. BELOT, « enfant sous surveillance électronique », *Le Monde*, 19 octobre 2010.

¹⁸²⁴ Cf. *infra*. Partie 1 Titre 1.

Paragraphe 2. La disparition du lien de causalité par le recours à la biométrie

40. La suppression du lien de causalité. Quel que soit le système biométrique utilisé, l'utilisation d'une caractéristique corporelle implique logiquement que la personne se trouve devant le capteur au moment de la captation des données. Seule l'hypothèse d'une fraude informatique aurait pour conséquence de séparer la captation de l'identité de la localisation du capteur. Pour synthétiser, en ce qui concerne la biométrie, identifier la personne, c'est la localiser au niveau du capteur. Et même dans des hypothèses de capteurs mouvants, notamment les systèmes dits BYOD, la personne est toujours face au dispositif quand elle le déverrouille. Partant, l'utilisation d'un système biométrique a structurellement pour conséquence la localisation de la personne physique et ces métadonnées sont créées indépendamment de la finalité poursuivie par le système biométrique ; quel que soit ce dernier ou la nature des mesures utilisées.

41. Pourtant, face à l'évidence de cette assertion, il est possible de constater qu'aucun texte juridique de droit interne n'y fait référence. En effet, ni la loi, ni les traités internationaux, ni les juges ne lient structurellement la localisation à la biométrie. Ainsi, cette fonction latente de la biométrie n'est pas directement considérée comme une finalité au sens des différents textes relatifs à la protection des données à caractère personnel. Loin d'être anecdotique, cette absence de prise en considération est centrale en ce qu'elle détermine le caractère biaisé de la conciliation, entre l'ordre public et les droits fondamentaux nécessaires à l'utilisation des systèmes biométriques.

42. Ainsi, s'il faut avant tout déterminer substantiellement cette fonction inhérente à la biométrie (A), il est possible de constater que cette dernière entraîne un certain nombre de conséquences (B).

A. La localisation : une fonction latente de la biométrie

Si certains auteurs ont pu constater qu'à propos de la localisation « *les enjeux en termes de préservation des droits individuels [sont] largement comparables à ceux qui*

accompagnent la biométrie »¹⁸²⁵, il faut dépasser cette relation, car les enjeux sont identiques dans la mesure où la biométrie localise.

Si, pour les systèmes biométriques, la suppression du lien de causalité implique que toute utilisation a pour conséquence de localiser l'individu, et s'il est possible de s'interroger sur la nature de cette fonction (1), il faut aussi la comparer avec les finalités classiques de la biométrie (2).

1. La localisation : une fonction autonome pour la biométrie

43. La localisation, une fonction de la biométrie. Il est possible de constater qu'avec un système biométrique, identifier une personne c'est la localiser. Pourtant, cette localisation connaît deux systématisations possibles.

44. Localisation positive. Positivement, toute identification biométrique équivaut à une localisation de l'individu. Que ce soit lors de la présentation d'une preuve biométrique d'identité, ou lors de la consultation d'une base de données centrale, l'identification biométrique conduit à une localisation. En effet, au moment où le système informatique trouve la correspondance, la position de la personne est connue, puisqu'il est le plus généralement en face du capteur biométrique. Par exemple, les systèmes de vidéoprotection, en cas de correspondance, amènent une localisation de la personne physique, car, au moment où cette dernière est identifiée, sa position sur la voie publique est connue. Et même dans l'hypothèse d'une identification décalée dans le temps, la localisation de la personne perdure, même si elle ne se fait alors plus « en temps réel ». D'ailleurs, lors de l'utilisation de preuves biométriques dans un procès pénal (par exemple l'existence d'une correspondance entre des empreintes génétiques ou digitales trouvées sur les « lieux du crime »), c'est bien la localisation de la personne à cet endroit qui est recherchée. En effet, l'élément qui emporte la culpabilité du prévenu n'est pas son état civil, son identité, mais bien sa localisation au moment du crime. Tout au plus, l'identification biométrique redevient centrale pour l'application des règles relatives à la récidive, mais non comme preuve du crime qui prend en compte la localisation de la personne.

¹⁸²⁵ S. HENNETTE-VAUCHEZ & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz. p.509.

45. Localisation négative. En parallèle à cette localisation positive, il existe une localisation négative ou en creux. Dans l'hypothèse de la consultation d'une base de données centrale, la conséquence de l'absence de correspondance avec les données biométriques est une localisation en miroir, la personne n'étant pas présente sur tous les lieux où des prélèvements ont été effectués. Néanmoins, ce type de localisation peut sembler marginal, voire sans intérêt. Effectivement, savoir où la personne n'est pas peut sembler être une information peu pertinente. Pourtant, en cas d'utilisation des empreintes génétiques ou ADN, lors d'un procès pénal, c'est cette absence de la scène de crime qui permet d'innocenter le suspect, voire, en amont, au moment de l'enquête, d'empêcher la poursuite pénale.

46. En grossissant volontairement le trait, les bases de données biométriques en matière judiciaire peuvent être considérées comme permettant la localisation de personnes, à un moment donné, indépendamment de leurs identités puisque seule la recherche de la correspondance des empreintes permet de disculper l'innocent ou de condamner le coupable. Ce n'est probablement là qu'une vue de l'esprit, mais à chaque utilisation des bases de données biométriques en matière de police, il existe une localisation de l'ensemble des personnes physiques dont les données sont enregistrées, soit de manière positive en cas de correspondance entre les empreintes et la base de données, soit, plus étonnamment de manière négative, en l'absence de correspondance, les personnes dont les données sont enregistrées sont localisées ailleurs qu'à l'endroit où a eu lieu la captation de l'empreinte.

47. Caractère alternatif. Dès lors, il est possible d'affirmer que ces deux types de localisation, structurellement présents dans les systèmes biométriques, sont alternatifs puisqu'en l'absence de localisation positive de la personne, il est possible d'en déduire une localisation négative ; et dans les deux cas la localisation produit des effets juridiques.

48. Néanmoins, la localisation est considérée comme le processus qui assigne à une personne un lieu déterminé. S'il existe des localisations invariables dans le temps (comme la commune de naissance), la localisation a vocation à se rechercher « en temps réel » et peut constituer « un suivi dynamique »¹⁸²⁶. C'est-à-dire qu'elle n'est pas un simple enregistrement d'une information pouvant déterminer un régime juridique : si besoin est,

¹⁸²⁶ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 22 octobre 2013, 13-81.949, Publié au bulletin

elle permet à l'État de savoir où est la personne à un moment déterminé, et ce quelles que soient les catégories juridiques d'utilisation des systèmes biométriques.

2. La localisation : une fonction matricielle pour la biométrie

49. La localisation face à l'identification. Il faut comparer cette nouvelle fonction pour la biométrie avec les finalités qu'elle remplit classiquement. Il a été précédemment montré que l'identification « phagocytait » les autres finalités, mais nous pouvons nous intéresser indépendamment de ce processus aux trois fonctions classiquement envisagées pour la biométrie : la localisation, l'identification et la sécurisation des preuves d'identité.

50. La localisation face à la sécurisation des preuves de l'identité. Tout d'abord, la sécurisation des preuves d'identité permet logiquement de localiser la personne dans la mesure où, sauf hypothèse très particulière¹⁸²⁷, la personne qui présente un document d'identité est physiquement à proximité du capteur qui contrôle la sincérité des données enregistrées. Donc, l'utilisation de la biométrie pour sécuriser des titres conduit bien à une localisation de la personne.

51. La localisation face à l'authentification. L'authentification, souvent limitée à un contrôle d'accès, porte quant à elle cette finalité de localisation. Ainsi en est-il du contrôle d'accès à des zones réservées. Avant l'utilisation du système biométrique, la personne est en dehors de la zone réservée (localisation négative), tandis qu'après son utilisation, elle est à l'intérieur (localisation positive). Dès lors, l'authentification est construite autour de cette nécessité de localiser la personne physique, voire se confond totalement avec elle.

52. La localisation face à l'identification. Quant aux rapports entre la localisation et l'identification, ils sont fonction de la localisation du capteur biométrique puisque toute correspondance est trouvée par un capteur déterminé. De manière à ce que localiser le capteur conduise à la localisation de la personne.

53. Rôle des métadonnées. Il est possible de dégager deux cas de localisation par l'utilisation des systèmes biométriques. Dans la première hypothèse, cette fonction est recherchée par le système ; par exemple, en cas de contrôle d'accès ou de l'utilisation de système de vidéoprotection. Pour ces systèmes, la localisation de la personne physique est une information recherchée. Dans la seconde hypothèse, la localisation n'est pas une

¹⁸²⁷ Notamment l'utilisation de Puce RFID « longue portée » dans les passeports ou les cartes d'identité.

fonction recherchée par les systèmes biométriques, mais une donnée qui peut être déduite des métadonnées de ces derniers. En effet, notamment dans le cas des procédés d'identification, la localisation du capteur – une métadonnée – conduit à la localisation de l'ensemble des informations enregistrées et, naturellement, des personnes physiques.

54. Somme toute, quelle que soit la finalité poursuivie par les systèmes biométriques, ces derniers permettent de localiser l'individu ; que ce soit de manière directe ou indirecte. Ces dernières informations peuvent soit être établies positivement, en localisant la personne, soit négativement, en ne localisant pas la personne dans un endroit donné.

B. Les conséquences de la fonction de la localisation

La fonction de localisation inhérente aux systèmes biométriques peut entraîner un certain nombre de conséquences juridiques, notamment vis-à-vis de la modification de la conciliation entre l'ordre public et les droits fondamentaux qu'elle implique. Pourtant, l'étendue de cette modification est fonction de conséquences extrajuridiques qui déterminent en retour l'étendue du biais dans la conciliation entre la protection de l'ordre public et celle des droits fondamentaux. Ainsi, le développement des conséquences juridiques (2) est déterminé par les conséquences extrajuridiques (1).

1. Les conséquences non juridiques : l'avènement d'un contrôle de flux

55. Société du contrôle. Les conséquences de cette recherche de la localisation en temps réel ont déjà donné lieu à de nombreuses recherches philosophiques, qu'il est possible d'appliquer aux systèmes biométriques. En effet, selon G. Deleuze : « *Félix Guattari imaginait une ville où chacun pouvait quitter son appartement, sa rue, son quartier, grâce à sa carte électronique (dividuelle) qui faisait lever telle ou telle barrière ; mais aussi bien la carte pouvait être recrachée tel jour, ou entre telles heures ; ce qui compte n'est pas la barrière, mais l'ordinateur qui repère la position de chacun, licite ou illicite, et opère une modulation universelle.* »¹⁸²⁸ Catégorisée comme une société de contrôle, cette société du « *contrôle continu et [de la] communication instantanée* »¹⁸²⁹,

¹⁸²⁸ G. DELEUZE, « post-scriptum sur les sociétés de contrôle », *l'autre Journal.*, vol. 1, 1990, pp. 2–5.

¹⁸²⁹ G. DELEUZE, *Pourparlers*, Ed. de Minuit, 1990, p. 236.

cherche à contrôler les flux et non plus les déplacements. D'ailleurs, cette notion est à rapprocher de « la société de traçage » telle qu'évoquée par Alex Turc. Cette dernière constituerait « *un ensemble qui génère un débat d'une plus grande ampleur : l'évolution exponentielle de la vidéo, de la biométrie et de la géolocalisation des personnes et des biens. Toutes ces technologies se développent fortement et créent des synergies entre elles. Cela entraîne de plus en plus de couplages, comme entre la vidéosurveillance et la biométrie (qui relève d'un régime d'autorisation préalable). Toutes ces technologies différentes convergent pour aboutir à une société de traçage : l'individu aujourd'hui est tracé physiquement dans l'espace par la vidéosurveillance, la biométrie ou la géolocalisation (y compris par des technologies d'usage quotidien comme le téléphone portable, la carte bancaire, les passes de transport en commun).* »¹⁸³⁰ Et s'il existe d'autres auteurs qui ont développé des concepts similaires¹⁸³¹, il est possible de constater qu'ils se basent tous sur deux éléments : une centralisation de l'information et une décentralisation de la surveillance. Concernant la décentralisation de la surveillance, l'absence d'obligation juridique portant sur le consentement de la personne¹⁸³², ainsi que le développement de systèmes enregistrant en continu des informations qui pourront être rapprochées de celles contenues dans un fichier, implique une quasi-dématérialisation de l'enregistrement, désormais permanent et sans contact. Quant à la centralisation de l'information, la mise en base de données, si elle est théorisée très tôt, elle prend juridiquement la forme d'une interconnexion entre les bases de données ou d'une comparaison entre une base de données et une simple donnée. Ainsi en est-il par exemple de la comparaison entre le traitement des antécédents judiciaires et une photographie. Quant à l'interconnexion des bases de données, si elle est en principe juridiquement très encadrée, il est possible de constater qu'en matière de police, c'est le législateur lui-même qui prévoit cette hypothèse, soit de manière expresse (voir la fusion STIC et FIJAIS au sein du traitement des antécédents judiciaires), soit de manière allusive, en ne précisant

¹⁸³⁰ A. TÜRK, « Vidéosurveillance, risques d'atteintes aux libertés : une dualité de régime insatisfaisante », *AJ Pénal*, 2010, p. 273.

¹⁸³¹ « *Au XVIII^e siècle Bentham imaginait le panoptique, architecture carcérale permettant à un gardien de surveille instantanément tous les prisonniers, sans que ceux-ci puissent échapper à son contrôle et sans qu'ils aient conscience d'être constamment observés. Au XXI^e siècle, par le jeu cumulatif de progrès technologiques et de demandes sécuritaires, c'est la société entière qui semble devenue panoptique* » S. HENNETTE-VAUCHEZ & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz. p.510.

¹⁸³² Cette dernière est soit expressément prévue par exemple dans la loi relative à la géolocalisation, soit contournée, à travers la mise en place d'une infraction de refus de consentement, soit limitée à une simple information, comme c'est le cas en matière de vidéo-protection.

pas que certains éléments sont des bases de données. D'ailleurs, rien n'indique dans la loi que les bandes de vidéosurveillance puissent être considérées comme des bases de données. Dès lors, leur connexion au traitement des antécédents judiciaires n'est pas considérée comme un problème d'interconnexion de bases de données, mais de comparaison d'une donnée (la bande) avec une base de données (le traitement des antécédents judiciaires). Néanmoins, cette « faiblesse » du régime juridique a pour conséquence pratique la mise en place d'un contrôle des flux.

56. Flux et déplacement. En effet, pour la compréhension des enjeux de la biométrie, la distinction entre flux et déplacement semble cardinale. Concernant les déplacements, seuls les points de départ et d'arrivée nécessitent un enregistrement. C'est le rôle classiquement dévolu au passeport¹⁸³³. Ainsi, la question de la mobilité ne se pose que de manière séquencée et binaire : de fait, la personne physique est soit à l'intérieur soit à l'extérieur du point de contrôle ; sa position durant le voyage est ignorée ; elle n'est d'ailleurs pas recherchée. Au contraire, avec l'appréhension des flux, les points de départ ou d'arrivée ne sont qu'une indication : ce qui compte pour cette nouvelle approche, c'est la localisation en temps réel des flux de personnes¹⁸³⁴ puisque la personne circulant¹⁸³⁵ peut passer par des endroits où ses déplacements sont enregistrés.

57. Pour prendre une image, entre deux péages autoroutiers la position de la voiture n'est pas connue, seuls les points d'entrée et de sortie peuvent être enregistrés ; tandis que pour être opérationnel, le réseau ferroviaire nécessite la localisation quasi permanente des trains, et non pas uniquement des trains en gare. Pour être effective, cette localisation nécessite un quadrillage minutieux du territoire, doublé d'une multiplication des points d'enregistrement qui doivent mailler le territoire. Effectivement, en l'absence de cette multiplication, la localisation devient parcellaire et incomplète et ne présente alors plus d'utilité. Et ce passage d'un contrôle séquencé à une « modernité liquide »¹⁸³⁶, n'a été

¹⁸³³ Voir *infra*

¹⁸³⁴ « En d'autres termes les objectifs étatiques de contrôle apparaissent de plus en plus asservis aux impératifs techniques et industriels de gestion des flux. Dans ce modèle semble dominer une logique purement opératoire qui pense, par exemple, les problèmes migratoires en termes de faisabilité technique ou d'interopérabilité des bases de données informatiques ». G. DUBEY, « Nouvelles techniques d'identification, nouveaux pouvoirs. Le cas de la biométrie », *Cah. Int. Sociol.*, vol. 125, 2008, p. 268.

¹⁸³⁵ D'ailleurs, l'étymologie du mot circulation, dériver du cercle implique comme dans la figure géométrique l'absence de point de départ et d'arriver.

¹⁸³⁶ A. CEYHAN, « Lutte contre le terrorisme : la technologie n'est pas neutre », *revue dalloz/IRIS*, vol. n°74, 2009, p. 23.

possible que par le développement des technologies de l'information qui a permis une mise à distance du contrôlé et du contrôleur.

58. Par exemple, dans une ville où la vidéoprotection est généralisée, l'information recherchée est la localisation des individus, tant de manière passive concernant les victimes potentielles, qui savent alors que le crime dont elles pourraient être victimes serait enregistré, que pour les agresseurs potentiels qui verront leur déplacement tracé et leur forfait enregistré. Ainsi, à Londres, ville maillée par un demi-million de caméras dont 10 000 utilisées directement par Scotland Yard¹⁸³⁷, l'enregistrement des déplacements des terroristes a permis de reconstituer leurs parcours ainsi que celui des victimes.

59. Contrôle de flux. D'ailleurs, si pendant longtemps le contrôle de flux connaissait comme moyens exclusifs l'architecture et l'urbanisme¹⁸³⁸, ce dernier se développe aujourd'hui par un recours accru à la biométrie¹⁸³⁹, puisque cette dernière permet d'inscrire le contrôle dans le corps même de la personne. Ce contrôle de flux pris comme élément de « la société de surveillance » n'est pas réductible à une composante de la biopolitique puisque, selon G. Deleuze, la première se compose à la fois de la biopolitique et de l'anatomo-politique, ces deux fonctions permettant de « *gérer et contrôler la vie dans une multiplicité quelconque* »¹⁸⁴⁰. Dès lors, le contrôle de flux comme nouvelle fonction pour l'État réinterroge le rapport entre ce dernier et ses citoyens, désormais continuellement dans la lumière et suivis de manière diffuse. Là se trouve l'opposition centrale entre le contrôle de flux et la figure du panoptique. En effet, ces deux dispositifs de surveillance ne s'imposent pas de la même manière aux individus. Pour le panoptique la surveillance est centralisée, bien que son existence à tout moment ne soit pas certaine et c'est la croyance du surveillé en la présence du surveillant qui l'incite à modifier son comportement. Le panoptique utilise la rationalité des individus pour asseoir son contrôle. Au contraire, dans le contrôle de flux, si le suivi à tout moment est certain, son existence

¹⁸³⁷ C. VANLERBERGHE, « Londres et Madrid en pointe, Berlin réticente », *Le figaro*, 22 août 2009.

¹⁸³⁸ M. FOUCAULT, Sécurité, territoire, population: cours au Collège de France, 1977-1978. Gallimard, 2004, p. 435.

¹⁸³⁹ G. DUBEY, « La condition biomérique. Une approche socio-anthropologique des techniques d'identification biométrique », *Press. Sci. Po, Raisons Polit.*, vol. 32, 2008, pp. 9–33. G. DUBEY, « Les deux corps de la biométrie », *Communications*, vol. 81, n°1, 2007, pp. 153–166. G. DUBEY, « L'identification biométrique : vers un nouveau contrôle social ? », *Varia*, vol. 39, 2008, pp. 63–78.

G. DUBEY, « Nouvelles techniques d'identification, nouveaux pouvoirs. Le cas de la biométrie », *Cah. Int. Sociol.*, vol. 125, 2008, p. 263.

¹⁸⁴⁰ G. Deleuze, *Foucault*. Minuit, p. 76

est en revanche diffuse ; le surveillé n'a pas besoin de présumer de la surveillance puisque cette dernière est permanente, du fait du recours à l'informatique. L'adaptation du comportement de la personne surveillée résulte alors de sa certitude concernant l'enregistrement de ses mouvements. En outre, autre distinction entre ces deux modes de surveillance, le panoptique centralise la surveillance, alors que le contrôle de flux repose précisément sur une diffusion de la surveillance. Pourtant, le contrôle de flux, loin d'être une simple caractérisation philosophique, est aujourd'hui omniprésent dans les discours politiques et sert au sein des textes juridiques comme motif à leur édicition.

2. Les conséquences juridiques : un biais de la conciliation entre les droits fondamentaux et la protection de l'ordre public

60. Conséquence. Désormais, le discours sécuritaire et antiterroriste qui sert de justification politique au développement du contrôle de flux présente la biométrie comme un moyen de prévention de ces derniers crimes. La biométrie n'est alors plus conçue pour identifier le criminel, mais pour prévenir le crime. Cette croyance repose sur un postulat, théorisé par J. Bentham : la simple surveillance permettrait de normer le comportement des individus. Pourtant, les moyens biométriques utilisés, s'ils sont présentés comme utiles au moment de l'enquête¹⁸⁴¹, le sont nettement moins en ce qui concerne leur prévention et leur efficacité en la matière reste encore à démontrer. Comme le remarque la Cour des comptes au sujet de la vidéoprotection, il y a une « *absence d'impact statistiquement significatif de la vidéosurveillance sur l'évolution de la*

¹⁸⁴¹ En effet, cette position est à amender, comme le note la Cour des comptes en « *Le taux d'élucidation des faits de délinquance de proximité n'a pas davantage progressé dans les circonscriptions de sécurité publique (CSP) équipées de caméras de vidéosurveillance de la voie publique que dans celles qui ne le sont pas. Pour les faits de délinquance pris globalement, il s'est même davantage amélioré dans les CSP non vidéosurveillées. Malgré un usage désormais plus répandu, la proportion des faits de délinquance élucidés grâce à la vidéosurveillance de la voie publique est relativement faible. Dans les quinze CSP qui ont pu fournir des éléments pour l'année 2008, le rapport d'enquête en comptabilise 749, soit environ 3% de l'ensemble des faits élucidés. En outre, l'analyse des situations locales montre que, si le nombre de réquisitions d'images enregistrées a fortement augmenté, il reste marginal par rapport au nombre de faits élucidés* ». Cour des comptes, *l'organisation et la gestion des forces de sécurité publique 2011*, p. 149. Disponible en ligne.

délinquance. »¹⁸⁴². *A posteriori*, les télévisions du monde entier ont pu montrer les terroristes déambuler dans les rues de Londres avant de commettre leurs attentats, sans que pour autant cette captation n'ait eu d'influence tangible en matière d'anticipation et de protection contre ces actes. Le lien entre surveillance et prévention étant une corrélation plus qu'une causalité, il reste difficile à interroger ; d'autant que cette structure du discours pénal n'est jamais affirmée juridiquement.

61. Absence de précision dans le régime juridique. Cette absence de mention expresse du lien entre prévention et généralisation de la surveillance s'accompagne d'une inexistence du contrôle de flux dans les régimes juridiques attenants aux systèmes biométriques. Tout d'abord, l'absence de prise en compte de la localisation par le droit implique que dans toutes les utilisations de la biométrie, cette fonction ne soit pas prise en compte dans son régime juridique. Et même dans le régime juridique attendant à l'authentification biométrique, et notamment dans son application en matière de contrôle d'accès, la question de la localisation des personnes physiques n'est pas prise en compte. L'élément qui structure la conciliation n'est pas la place de la personne physique, mais l'autorisation qui lui est donnée d'accéder à un endroit. Dans cette perspective, ce n'est pas un hasard si cette logique authenticatrice se retrouve dans des espaces virtuels, puisqu'elles peuvent déterminer aussi les possibilités d'accès aux systèmes informatiques.

62. Absence de la conciliation. Cette absence de prise en compte par le droit se retrouve logiquement dans la conciliation opérée entre la protection des droits fondamentaux et la défense de l'ordre public. En effet, fonction juridiquement inexistante, la localisation biométrique, si elle enrichit matériellement les moyens de protection de l'ordre public, peut porter atteinte à certains droits fondamentaux, qui restent à définir.

¹⁸⁴² *Idem.*

Section 2. L'appréhension juridique de la localisation biométrique.

« Dans moins de dix ans, les dispositifs de traçage seront devenus quasi invisibles [...] Plus aucun élément du corps humain n'échappera aux capacités des systèmes biométriques. [...] alors viendra le temps où la question de savoir si l'on est fiché ou non, localisé ou non, entendu ou non, enregistré ou non, n'aura plus guère de sens. [...] nous vivrons tous à l'horizon 2020, dans une société dans laquelle il sera impossible de travailler, de se divertir, de se déplacer, de vivre donc sans être tracés. »¹⁸⁴³ Au contraire de la prophétie pessimiste de l'ancien président de la CNIL, la question du régime juridique de ces dispositifs de traçage est une question sociétale déterminante pour le futur de la protection des droits fondamentaux.

64. Concernant l'aspect juridique de la localisation biométrique, deux méthodes de travail peuvent être utilisées. Tout d'abord, une approche nominaliste, qui consiste à rechercher les mentions du mot pour en déduire l'existence du concept. Cette perspective amène à considérer que l'absence de précision du droit positif conduit à une impasse, qui détermine l'impossibilité de chercher des éléments juridiques venant limiter ou du moins encadrer cette nouvelle fonction biométrique. L'existence des mentions déterminant l'existence de la localisation dans la sphère juridique. En d'autres termes, l'approche nominaliste conduit à une aporie : l'absence de désignation de la fonction impliquerait l'absence de sa prise en compte par l'émetteur de la norme dans la conciliation qu'il opère. Le caractère performatif du droit maintiendrait la localisation dans les limbes du droit. Cette perspective, strictement conforme au droit positif, n'est pas pour autant intellectuellement satisfaisante puisqu'elle ne permet pas de considérer la totalité de l'encadrement juridique de la biométrie et notamment l'existence d'une protection marginale et pourtant non expressément définie.

65. Quant à la seconde méthode de travail, elle consiste à rechercher au sein du droit positif, et plus précisément dans les droits fondamentaux, les éléments qui pourraient encadrer cette fonction. Non pas dans une approche purement nominaliste mais bien dans une approche fonctionnaliste.

¹⁸⁴³ A. TÜRK, *Vie privée en péril (La)*. Odile Jacob, 2011, p. 13.

66. Pour traiter de cette dernière approche, nous partons du postulat suivant : tout régime juridique résulte d'un compromis entre une interdiction et une liberté, c'est-à-dire pour ce qui nous intéresse entre un droit fondamental et un impératif d'ordre public. Ce dernier, comme il a été précédemment montré, est une construction non prise en compte par le droit positif, absence qui a pour conséquence de biaiser la conciliation. Il reste néanmoins à s'interroger sur l'autre terme de la conciliation : l'existence d'un droit fondamental encadrant ou limitant cet impératif d'ordre public.

67. Partant, nous appellerons de manière discrétionnaire ce droit fondamental comme un droit à l'anonymat que l'on peut définir négativement comme résultant de l'absence d'enregistrement d'information par l'État sur la personne lors de ses déplacements. Et si ce droit est pour l'instant une construction doctrinale, il est possible d'en chercher des traces au sein des droits fondamentaux prévus par le droit positif.

68. Dès lors, cette méthode passe par la recherche de l'existence d'un droit à l'anonymat qui soit consubstantiel au droit au respect de la vie privée (Paragraphe 1), ou comme une conséquence de l'existence de la liberté d'aller et venir (Paragraphe 2), bien qu'une certaine interprétation du droit positif nous conduise à nier son existence (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. L'anonymat comme conséquence de la protection de la vie privée

69. Si quelques précisions sont nécessaires pour comprendre ce « *droit d'être laissé seul* »¹⁸⁴⁴, pour reprendre l'expression de SAMUEL WARREN et LOUIS BRANDEIS, (A), il est possible de constater que rien dans le droit positif ne nous permet de faire dériver du droit à la vie privée un droit à l'anonymat vis-à-vis de la puissance publique dans l'espace public (B).

¹⁸⁴⁴ « The right to be left alone »

A. La vie privée comme droit fondamental

70. Définition de la vie privée. Historiquement ancrée dans la propriété et limitée au principe d'inviolabilité du domicile¹⁸⁴⁵, « *a man's house is his castle* »¹⁸⁴⁶ pour reprendre l'expression de W. BLACKSTONE¹⁸⁴⁷, la protection de la vie privée a été conceptualisée dès 1890 « *en réaction du développement naissant de la photographie* »¹⁸⁴⁸. La vie privée était déjà au XIXe siècle un droit établi en réaction au progrès technique et parfois même aux évolutions de l'État¹⁸⁴⁹. Grande absente des droits consacrés par la DDHC ou le préambule de 1946, elle a fait une entrée tardive dans le droit positif français, d'abord par le biais de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁵⁰, puis en droit interne, par le biais de la nouvelle rédaction de l'article 9 du Code civil aux termes duquel « *chacun a le droit au respect de sa vie privée [...]* »¹⁸⁵¹. Après une hésitation du juge constitutionnel¹⁸⁵², qui en a d'abord confié la protection au juge judiciaire, par un rattachement à la liberté individuelle, la vie privée est aujourd'hui rattachée à la liberté personnelle¹⁸⁵³. Ce dernier droit a ainsi connu une évolution pour aujourd'hui recouper

¹⁸⁴⁵ Voir notamment l'article 76 de la Constitution de l'An VIII

¹⁸⁴⁶ « *La maison d'un homme est son château* ».

¹⁸⁴⁷ « *And the law of England has so particular & tender a regard to the immunity of a man's house, that it stiles it his castle, & will never suffer it to be violated with impunity* » William Blackstone.

¹⁸⁴⁸ S. HENNETTE-VAUCHEZ & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz. p. 455.

¹⁸⁴⁹ B. CONSTANT, « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes(1819) », disponible sur : <http://irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique>.

¹⁸⁵⁰ Il est à noter que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme n'est pas la seule disposition conventionnelle à protéger un droit à la vie privée. Par exemples, l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 énonce que « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation* ». Quant à l'article 17.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 novembre 1966 il précise que « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation* »

¹⁸⁵¹ Article 22 de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens

¹⁸⁵² Cons. Constit., décision, n° 93-325 du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*. B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers (à propos de la décision du Conseil Constitutionnel numéro 93-325 DC du 13 août 1993) », *Rev. Française Droit Adm.*, vol. 5, 1993, pp. 871 – 901. B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle ; les étrangers en France: de la décision du Conseil Constitutionnel du 18 août 1993 », *Les Petites Affiches*, vol. 108, 1994, pp. 4 – 7.

¹⁸⁵³ Cons. Constit., décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*. Sur la notion de liberté personnelle, voire notamment : H. ROUSSILLON & X. BIOY, *La liberté personnelle. Une autre conception de la liberté ?*, Institut Fédératif de Recherche. 2006, p. 160.

trois principes : l'inviolabilité du domicile, le libre choix de la vie privée et son secret pour reprendre la distinction du professeur WACHSMANN¹⁸⁵⁴. Cependant cette présentation, loin d'être purement didactique, laisse entrevoir l'existence d'un noyau dur à la vie privée et d'un certain nombre de ramifications¹⁸⁵⁵. Pourtant, puisque nous nous intéressons aux données secrétées par la biométrie (la localisation) et non aux données utilisées par la biométrie¹⁸⁵⁶, il sera question de l'aspect le plus récent de la vie privée : la protection de son secret ; l'anonymat étant alors l'existence d'un secret concernant les mouvements des personnes.

71. Dans cette perspective, la vie privée a fait une entrée tardive dans le droit positif français¹⁸⁵⁷ comme dans la doctrine¹⁸⁵⁸. Tout d'abord, la vie privée nécessite l'existence d'une sphère privée garantie par l'État, c'est-à-dire une autolimitation de ce dernier. En effet, comme l'a énoncé l'abbé SIEYES : « *la République n'est pas la Rétotale* »¹⁸⁵⁹. Ensuite, cette conception de la vie privée implique l'existence d'une protection horizontale, le secret n'existant pas uniquement dans une perspective verticale, entre l'État et les individus, mais aussi entre les personnes physiques ou morales de droit privé. Quant à la question de la localisation sur la sphère publique, elle implique uniquement l'existence d'un effet vertical. Effectivement, l'absence de possibilité de délégation de l'activité de police¹⁸⁶⁰, consacrée par le Conseil constitutionnel au sujet de la vidéosurveillance, implique que ce sont les rapports entre l'État et les citoyens qui nécessitent un encadrement par le biais de l'anonymat, ; puisque, sur l'espace public, les personnes privées ne peuvent se voir déléguer un pouvoir de surveillance général. À cet égard, le Conseil constitutionnel considère qu'en « *confiant à des opérateurs privés le*

¹⁸⁵⁴ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*. Dalloz, 2013, p. 574

¹⁸⁵⁵ Pour reprendre l'analyse du Professeur BIOY, X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, vol. 3. Montchrestien, 2014, p. 428.

¹⁸⁵⁶ Cf. *infra*. Introduction.

¹⁸⁵⁷ D'ailleurs, le droit de l'Union européenne a lui aussi tardé à reconnaître un droit à la vie privée. Tout d'abord reconnu par la Cour de Justice comme fondé sur la tradition constitutionnelle commune des Etats membres (CJCE, 5 oct. 1994, aff. C-404/92 P, X. c/ Comm.), il a fallu attendre l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'UE pour que son article 7 précise que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications* ».

¹⁸⁵⁸ Dans cette perspective, la première édition du fameux manuel de libertés publiques de Jean Rivéro, ne contenait pas d'entrée « vie privée » dans son index.

¹⁸⁵⁹ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*. Dalloz, 2009, p. 574

¹⁸⁶⁰ CE Ass., 17 juin 1932, *commune de castelnaudary*. CE, 1^{er} Avril 1994, *Commune de Menton*, n° 144241.

soin d'exploiter des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques, les dispositions contestées permettent d'investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique ; que chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la "force publique" nécessaire à la garantie des droits »¹⁸⁶¹. Ainsi, la question du rattachement de l'anonymat à vie privée ne peut se faire pour notre objet que dans le prisme de son effet vertical.

72. Enfin, la vie privée, bien que partie intégrante de la liberté personnelle entendue alors comme sa « liberté mère »¹⁸⁶², peut être considérée comme un principe matriciel. En effet, nous pouvons la considérer comme l'un des « [...] principes majeurs [...] en ce qu'ils engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes »¹⁸⁶³ puisque cette acception de la vie privée s'incarne dans un certain nombre de droits garantis : inviolabilité des correspondances, droit à l'image, protection contre l'enregistrement de certaines données à caractère personnel. Et c'est ce dernier aspect, existant tant en droit national qu'en droit européen (qu'il soit issu du Conseil de l'Europe¹⁸⁶⁴ ou de l'Union européenne¹⁸⁶⁵), sur lequel on peut se focaliser. Pourtant, la question de l'existence d'une déclinaison en matière de secret des déplacements reste ouverte.

¹⁸⁶¹ Cons. Constit., décision n° 10 mars 2011 n° 2011-625 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*. R. HANICOTTE, Des caméras sous l'oeil du préfet-La vidéoprotection telle que prévue par la Loppsi 2 ; Note sous Loi, *La Gazette du Palais*, vol. 96, n°97, pp. 7 – 10, 2011. D. Ginocchi, « Le contrôle de la LOPPSI par le Conseil constitutionnel », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, vol. 19, pp. 1097 – 1101, 2011. A. Pena, « Commentaire de la décision n°2011-625 DC du 10 mars 2011, LOPPSI II », *RFDC*, vol. 88, pp. 803 – 811, 2011.

¹⁸⁶² X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, vol. 2. Montchrestien, 2014, p. 364.

¹⁸⁶³ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principe matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 211.

¹⁸⁶⁴ Voir notamment CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*. J.-P. MARGUENAUD, « De la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes innocentées CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni* », *Revue de science criminelle*, 2009, p. 182. S. PEYROU-PISTOULEY, « L'affaire Marper c/ Royaume-Uni : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l'espace de liberté, sécurité, justice de l'Union européenne », *RFDA*, 2009, p. 741.

¹⁸⁶⁵ Ainsi, l'article 8 relatif à la : Protection des données à caractère personnel de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise » 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante »

B. L'anonymat, une composante inexistante de la vie privée

73. Rattachement en droit interne. En droit interne, c'est l'article 9 du Code civil¹⁸⁶⁶ résultant de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens qui préconise pour la première fois le respect de « *cette sphère secrète de vie d'où [la personne] aura le pouvoir d'écarter les tiers* »¹⁸⁶⁷. En effet, malgré la proposition du rapport Vedel de 1993¹⁸⁶⁸ qui en proposa la constitutionnalisation, cette notion est absente tant du texte de la constitution de la Ve République que de son préambule. Quant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si elle reconnaît l'existence d'un droit à la vie privée, elle a hésité sur son fondement. En effet, dans sa décision de 1995 relative à la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité¹⁸⁶⁹, le juge de la rue Montpensier a rattaché la vie privée à la liberté individuelle. Pourtant, moins de cinq ans plus tard, dans sa décision relative à la loi portant création d'une couverture maladie universelle¹⁸⁷⁰, le Conseil constitutionnel a rattaché ce droit à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁸⁷¹. Et ce rattachement n'est pas anodin puisqu'il a permis, selon GILLES ARMAND, « *de clore le débat de la conformité à la Constitution de la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* »¹⁸⁷². Effectivement, en sortant la vie privée du champ de compétence exclusif

¹⁸⁶⁶ « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

¹⁸⁶⁷ J. CARBONNIER, *Droit Civil Tome 1*, Quadrigé. Presses universitaires de France, 2004, p. 518.

¹⁸⁶⁸ Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen GEORGES VEDEL, *Propositions pour une révision de la Constitution*, 15 février 1993, la documentation française, 106 p.

¹⁸⁶⁹ Cons. Constit., 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*

¹⁸⁷⁰ Cons. Constit., 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 45.

¹⁸⁷¹ « *Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : " Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. " ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée »*

¹⁸⁷² G. ARMAND, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *RFDC*, vol. 65, n°1, 2006, p. 60.

du juge judiciaire, conséquence du rattachement à la liberté individuelle, le Conseil constitutionnel a permis une protection de la vie privée par le juge administratif¹⁸⁷³ ainsi que par les autorités administratives indépendantes et notamment la CNIL. Ainsi, par extension, la vie privée peut être utilisée pour encadrer les traitements d'informations nominatives et donc l'enregistrement des déplacements, sous réserve que ces informations soient rattachées à une personne physique « déterminée ou déterminable ».

74. Ce droit à l'anonymat, concernant la localisation, peut être déduit tant de son support de stockage (les bases de données) que de son médium (l'image). Néanmoins, il est possible de constater que juridiquement la protection en matière d'enregistrement de l'image est offerte par le droit à l'image et non par son enregistrement au format informatique. Comme le remarque G. LOISEAU, « *l'atteinte est certes réalisée par le truchement de l'image, mais elle est, en fait, portée à la vie privée* »¹⁸⁷⁴. S'il semble difficile de dégager une conception unifiée de la vie privée concernant l'image en droit français, il est possible de constater que cette dernière se base sur une double distinction. Première distinction cardinale : le lieu de la captation. Tout d'abord, les images captées dans des lieux privés connaissent une protection accrue puisque le consentement y est impératif et son absence est pénalement sanctionnée¹⁸⁷⁵. La notion même de lieux privés est entendue de manière extensive puisqu'un lieu dont l'accès est contrôlé¹⁸⁷⁶, ou un endroit où l'on se sent subjectivement à l'abri des regards, est considéré en jurisprudence comme tel. Partant, si un lieu privé est le « noyau dur » de la vie privée, entendue dans une perspective classique¹⁸⁷⁷ comme droit au secret, qu'en est-il de sa mobilisation dans

¹⁸⁷³ Ce dernier n'hésitant pas à considérer son respect comme une liberté fondamentale au sens de l'article L521-1 du code de justice administrative. CE. Ord. 25 octobre 2007, Y., *RFDA* 2008, p 328. O. LE BOT, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale Note sous CE, ord., 25 oct. 2007, », *RFDA*, 2008, p. 328.

¹⁸⁷⁴ G. Loiseau, « L'autonomie du droit à l'image », *Legicom*, n°20, 1999, p. 71.

¹⁸⁷⁵ Article 226-1 du code Pénal » *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé. »*

¹⁸⁷⁶ CA Paris, 2 juillet et 6 mai 1997 B. BEIGNIER, Notes sous CA Paris, 2 juillet et 6 mai 1997 : à propos de la vie privée posthume, *Recueil Dalloz*. Dalloz, 23-Jan-1997.

¹⁸⁷⁷ S. HENNETTE-VAUCHEZ & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz. p.456.

un lieu public. Concernant le droit au secret dans un lieu public, comme le note le Professeur X. BIOY, « *le problème de l'image est moins celui de sa captation que celui de sa diffusion* »¹⁸⁷⁸ ; et si le régime juridique est fonction de la densité de personnes présentes sur l'image, de l'objet de cette dernière, ainsi que du caractère public de la personne¹⁸⁷⁹, force est de constater que ce régime juridique ne prévoit qu'une protection horizontale. Dans cette perspective, la conception française du droit à l'image est tout entière centrée sur la notion de préjudice, notion qui suppose une utilisation commerciale ou *a minima* une exploitation de la photographie. En l'absence d'exploitation, pas de préjudice et donc une possibilité de protection par le biais du droit à l'image qui devient marginale.

75. En droit international. Prévues dans de nombreux textes internationaux¹⁸⁸⁰, sa protection la plus aboutie se fait sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁸¹. La vie privée est pour la CEDH « *une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'un individu, tels le nom ou des éléments se rapportant au droit à l'image* »¹⁸⁸². Et si certains auteurs ont pu rapprocher le concept développé par la Cour de la notion de « *privacy* »¹⁸⁸³, il est possible de constater que sa vision est plus large et fluctuante que celle développée par les juridictions nationales. D'ailleurs, cette dichotomie dans l'appréhension de la vie privée se retrouve aussi en doctrine, puisque là où la doctrine privatiste s'arc-boute sur « *l'intimité de la vie privée* »¹⁸⁸⁴, la doctrine publiciste tend, quant à elle, à développer

¹⁸⁷⁸ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*,. Montchrestien, 2014.p. 408.

¹⁸⁷⁹ CEDH, G.C. 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne*

¹⁸⁸⁰ Article 12 DUDH/ Article 17 Droit Pacte relatif aux droits civiques et politiques.

¹⁸⁸¹ Article 8 Droit au respect de la vie privée et familiale « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

¹⁸⁸² CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ All*, n° 59320/00 : JCP G 2004, I, 161, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2004, p. 802, obs. J.-P. MARGUENAUD ; D. 2005, chron. J.-L. HALPERIN. Et CEDH, G.C. 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne*.

¹⁸⁸³ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, vol. 3. Montchrestien, 2014, p. 428.

¹⁸⁸⁴ H., ALCARAZ, « *Droit au respect de la vie privée et droit au respect de l'intimité: plaidoyer pour un aggiornamento* », *Montesquieu Law Review (2015)*, n° 2, disponible sur le site : <http://www.montesquieulawreview.eu/review.htm>

une conception plus large de ce droit. Dans une approche publiciste, même en l'absence de définition, les éléments constitutifs de la vie privée peuvent être listés et, concernant notre objet, la simple mémorisation de données telles que les empreintes génétiques ou digitales a été considérée comme attentatoire à la vie privée¹⁸⁸⁵. Pourtant, rien n'indique dans la jurisprudence de la Cour l'existence d'un droit général à l'anonymat dans l'espace public qu'impliquerait un encadrement juridique de la captation des données. Indépendamment de l'encadrement des données utilisées par la biométrie, au regard de la vie privée, la question de l'exploitation de ces dernières, dans des bases de données se pose avec acuité.

76. Dans cette perspective, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'enregistrement de données dans des fichiers de police¹⁸⁸⁶ impliquent que ces derniers soient, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 8 de la Convention, « *prévue par la loi et nécessaire dans une société démocratique* ». La Cour n'a pas pour autant déduit du droit à la vie privée un droit autonome à l'anonymat sur l'espace public. Néanmoins, cette absence est à circonstancier, car dans certains arrêts relatifs à l'exploitation des « bandes » de vidéosurveillance, la Cour a considéré que l'absence du consentement de la personne et le manque de procédure d'anonymisation des images pouvaient entraîner une violation de la vie privée du requérant¹⁸⁸⁷. Mais cette espèce, tout comme le droit national en matière d'image sur la voie publique, donne une solution juridique au niveau de l'exploitation d'une image de la personne déambulant sur la voie publique et non au niveau de sa simple captation. Au contraire des empreintes génétiques et digitales¹⁸⁸⁸, aucune norme ne vient préciser l'existence d'un droit général de la personne à s'opposer à la simple mémorisation des données sur l'espace public ou, *a minima*, sur la voie publique. Dans cette perspective, la protection juridique de l'anonymat se fait alors au niveau de l'exploitation publique de la donnée ou de la bande, et non au niveau d'un traitement non public, c'est-à-dire pour les finalités pour lesquelles est mis en place un tel traitement.

¹⁸⁸⁵ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° [30562/04](#) et [30566/04](#)

¹⁸⁸⁶ Voir notamment CEDH, 18 Septembre 2014, *Brunet c. France*, n°21010/10.

¹⁸⁸⁷ CEDH, 28 janv. 2003, *Peck c. R.U*

¹⁸⁸⁸ CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*, n° [30562/04](#) et [30566/04](#).

77. Quant à la doctrine, il existe pour certains auteurs une filiation pédagogique entre la surveillance des correspondances et des déplacements¹⁸⁸⁹. En revanche, cette construction artificielle n'est pas confirmée par le droit positif.

78. Ainsi, rien dans le concept de vie privée ne semble indiquer l'existence d'un droit à l'anonymat sur la voie publique. Tout au plus, la vie privée peut encadrer l'exploitation d'une image enregistrée sur la voie publique et non sa prise elle-même. Néanmoins, par exception, la simple mémorisation des empreintes digitales et génétiques constitue une atteinte à la vie privée. Dès lors, si un droit à l'anonymat existe, il faut chercher ses fondements au-delà de la vie privée dans les libertés de déplacement.

Paragraphe 2. L'anonymat comme conséquence des libertés de déplacement

79. Les libertés de circulation, d'aller et de venir, peuvent être contenues dans une catégorie générique de « libertés de mouvements » pour reprendre l'expression du Doyen HAURIUO¹⁸⁹⁰. Cette remontée au concept permet d'agrandir la focale de ces libertés en ne les considérant plus que pour elles-mêmes, mais aussi comme condition de l'effectivité d'autres libertés. Sans pour autant considérer cette dernière comme « *un principe matriciel* »¹⁸⁹¹, il est possible de constater qu'en permettant à la personne de se mouvoir, cette liberté conditionne les autres libertés physiques voire, dans certaines hypothèses, certaines libertés de l'esprit puisque « *la liberté d'aller et venir est forcément au centre de la doctrine libérale, jusqu'à se confondre avec la liberté proprement dite entendue en tout cas au sens physique en tant que celle-ci implique et inclut tous droits de se mouvoir, circuler, bouger, rester s'établir comme ne pas s'établir.* »¹⁸⁹² Au-delà de la doctrine, cette liberté est considérée en droit positif comme le « support » des autres libertés. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme a pu considérer que l'atteinte à la liberté de circulation d'un individu conditionnait l'atteinte à la liberté de réunion prévue à

¹⁸⁸⁹ S. HENNETTE-VAUCHEZ & D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. Dalloz. p 501.

¹⁸⁹⁰ M. HAURIUO, *Précis de droit administratif*. Disponible en ligne.

¹⁸⁹¹ B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de "principe matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 211.

¹⁸⁹² Article « liberté d'aller et venir » B. PACTEAU in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Quadrige. P. 623.

l'article 11 de la Convention¹⁸⁹³. Dans cette perspective, le Conseil constitutionnel a considéré que l'obligation de dévoiler son visage à proximité d'un édifice religieux (c'est-à-dire en se déplaçant) pouvait porter atteinte à une liberté de l'esprit : la liberté religieuse. En effet, dans sa décision sur la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, le Conseil a considéré que « *l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public* »¹⁸⁹⁴.

80. L'articulation entre l'anonymat et les libertés de déplacement est de nature singulière. En effet, ces dernières, proclamées dans de nombreux textes internationaux¹⁸⁹⁵, n'ont pas de prime abord d'aspect anonyme. En effet, si le déplacement des personnes physiques doit être possible sans intervention de l'État, aucun élément de définition ne concerne la nature de ces derniers et *a fortiori* les informations enregistrées. Dès lors, les liens entre l'anonymat et les libertés de mouvement sont extratextuels et permettent donc une tentative de systématisation.

81. Ainsi, l'anonymat peut être considéré comme une conséquence tant de la liberté d'aller et venir (A) que de la liberté de circulation (B).

A. L'anonymat comme corollaire de la liberté d'aller et venir

82. Historique. Élément distinctif de l'Ancien Régime, la multiplication des péages intérieurs est souvent considérée comme une conséquence de la féodalité. Effectivement : « *La féodalité, en faisant de chaque grand fief un État distinct, multiplia les péages sur tous les points de la France et opposa autant de barrières au commerce*

¹⁸⁹³ CEDH, 20 févr. 2003, *Djavit An c/ Turquie*, n° 20652/92. § 66 et 67

¹⁸⁹⁴ Cons. Constit., Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage sur l'espace public* Cons. 5.

¹⁸⁹⁵ Ainsi, l'article 12-1 Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 du précise « *Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence* ». Quant à l'article 2§1 du Protocole 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, il précise « *Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence* »

qu'il y avait de lignes de frontières entre les provinces. »¹⁸⁹⁶ Et cette liberté a justement été pensée contre les excès de l'Ancien Régime. À cet effet, le Doyen Burdeau la considérait comme « *le signe extérieur des régimes libéraux* »¹⁸⁹⁷. Dès lors, la suppression des barrières financières sur le territoire du royaume s'est traduite par une suppression des lieux de contrôle, qui a eu pour conséquence, en l'absence de contrôle, le caractère anonyme des déplacements de la personne.

83. Il convient alors de clarifier le rôle de l'anonymat au sein de la liberté d'aller et venir. Première hypothèse, l'anonymat serait un élément constitutif de cette liberté. Dans cette perspective, il devrait connaître un fondement textuel ou jurisprudentiel. Hélas, si la tentation en est grande, force est de constater qu'aucun texte de droit positif ne permet de faire cette analyse : juridiquement l'anonymat ne peut être considéré comme un élément constitutif de la liberté d'aller et venir. En revanche, l'anonymat peut être appréhendé comme un « angle mort » de cette liberté, nécessaire à sa conception ; il n'est pourtant jamais expressément prévu par le droit positif.

84. Dans cette perspective, la deuxième hypothèse nous amène à considérer l'anonymat comme « *une condition nécessaire de la liberté d'aller et venir* »¹⁸⁹⁸. Dès lors, la violation de l'anonymat des déplacements aurait pour conséquence une atteinte à la liberté d'aller et venir. Et cette conception se retrouve notamment dans les avis de la CNIL et plus précisément dans son avis relatif aux titres de transport automatisés¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁶ A. DARESTE, « Traités et droits de douanes dans l'ancienne France. », *Bibl. Ec. Chartes*, vol. 8, 1847, p. 465.

¹⁸⁹⁷ G. BURDEAU, *Libertés publiques*, LGDJ.

¹⁸⁹⁸ Comme le Remarque la CNIL, l'anonymat est une « *condition nécessaire de la liberté d'aller et de venir* » » CNIL, *Rapport d'activité pour 2003*, La Documentation française, p. 135. Cité par R. HANICOTTE, *Espaces publics, impasse des libertés*, JCP A (*Administrations et collectivités territoriales*), vol. 26. pp. 20 – 24, 2012

¹⁸⁹⁹ « *L'utilisation d'un titre de transport sans contact implique la collecte de données concernant les trajets effectués par le titulaire lors de la validation, c'est-à-dire de la présentation du titre de transport à une borne de contrôle en entrée et sortie du réseau ou à l'occasion d'une correspondance. Peuvent ainsi être mémorisés, tant sur la carte qu'au poste central de l'exploitant de transport, non seulement les date, heure et lieu des passages mais aussi le numéro de carte utilisé qui rend possible, à partir du fichier clientèle, l'identification du titulaire de la carte. Dès lors, les déplacements de ce dernier peuvent être reconstitués et ne sont plus anonymes, ce qui est de nature à porter atteinte tant à la liberté fondamentale d'aller et venir qu'au droit à la vie privée. Le respect de ces principes justifie ainsi une vigilance particulière de la CNIL lorsqu'elle doit apprécier la pertinence des données collectées, conformément à l'article 6 de la loi informatique et libertés* ». CNIL, Délibération n° 2011-107 du 28 avril 2011 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion des applications billettiques par les exploitants et les autorités organisatrices de transport publics (décision d'autorisation unique n° AU-015)

Néanmoins, il convient de circonscrire l'étendue de cette hypothèse ; puisqu'à l'exception des textes édictés par cette autorité administrative indépendante, il n'existe pas d'autres normes, à notre connaissance, qui généraliseraient cette conception.

85. Enfin, la dernière hypothèse considère l'existence de l'anonymat comme une conséquence de la liberté d'aller et venir. En effet, basée sur la suppression des frontières intérieures, cette conception de la liberté d'aller et venir implique que personne n'autorise les déplacements et par extension ne les surveille. Pourtant, comme nous allons le voir, s'il est possible de conceptualiser logiquement l'anonymat comme conséquence de la liberté d'aller et venir, le droit positif est étonnamment peu disert sur le sujet.

86. Liberté d'aller et venir. Liberté universelle, s'appliquant en période normale¹⁹⁰⁰ à tous sans possibilité de restriction pour un groupe déterminé¹⁹⁰¹, la liberté d'aller et venir bénéficie d'un champ d'application étendu, au-delà du territoire national¹⁹⁰². Très tôt considérée comme un principe à valeur constitutionnelle¹⁹⁰³, elle peut être définie, à la suite de Benjamin Constant, comme « *[la liberté] d'aller, de venir, sans en obtenir la permission et sans rendre compte de ses motifs ou de ses démarches* »¹⁹⁰⁴, impliquant alors l'absence de contrôle préalable. D'ailleurs, si le Conseil constitutionnel a considéré qu'il était possible de limiter l'accès à un service public¹⁹⁰⁵, ou qu'elle n'impliquait pas un droit à la gratuité¹⁹⁰⁶, ou que les nécessités des activités de police administrative

¹⁹⁰⁰ CE, 18 mai 1983, *M. Rodes*. AJDA 1984, p. 44, obs. J. Moreau

¹⁹⁰¹ CE, 17 oct. 1952, *Synd. climatique Briançon* : Rec. CE 1952, p. 445

¹⁹⁰² « 103. Considérant qu'il revient au législateur d'assurer la conciliation qui doit être opérée entre d'une part la liberté d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter » Cons Constit, Décision 93-325 *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*. N. GUIMEZANES, « L'arrêt de l'immigration en France ? Commentaire de la loi numéro 93-1027 du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration », JCP G Sem. Jurid. (édition générale), vol. 1, 1994, pp. 1 – 15. B. GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers (à propos de la décision du Conseil Constitutionnel numéro 93-325 DC du 13 août 1993) », Rev. Française Droit Adm., vol. 5, 1993, pp. 871 – 901. H. LABAYLE, « Le droit d'asile en France: normalisations ou neutralisation », Rev. Française Droit Adm., vol. 2, 1997, pp. 242 – 280. B. MATHIEU, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle ; les étrangers en France: de la décision du Conseil Constitutionnel du 18 août 1993 », *Les Petites Affiches*, vol. 108, 1994, pp. 4 – 7.

¹⁹⁰³ Cons. Constit Décision 79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*

¹⁹⁰⁴ B. CONSTANT, *Œuvres politiques de Benjamin Constant*, Charpentier, 1874, p. 260. Disponible sur Gallica.fr.

¹⁹⁰⁵ Cons. Constit., Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*.

¹⁹⁰⁶ Cons. Constit. Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*

pouvaient amener des restrictions à cette dernière¹⁹⁰⁷, la liberté d'aller et venir n'ayant pas alors un « *caractère général et absolu* »¹⁹⁰⁸, il est resté en revanche muet sur son lien avec l'anonymat. Quant au juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle¹⁹⁰⁹, il l'a très tôt considérée comme une « *liberté fondamentale* »¹⁹¹⁰ et se trouvait, avant l'arrêt du Tribunal des Conflits de 2013¹⁹¹¹, compétent en matière de voie de fait, notamment pour ce qui était de la saisine de documents d'identité. Cependant, rien ne permet d'affirmer avec certitude, dans sa jurisprudence actuelle ou antérieure, qu'il considère l'anonymat comme une composante du régime juridique de la liberté d'aller et venir. Enfin, le juge du Palais royal, bien que reconnaissant lui aussi la liberté d'aller et venir comme « *une liberté fondamentale* »¹⁹¹², a adopté le même positionnement que les précédentes juridictions en ce qui concerne la place de l'anonymat. Néanmoins, concernant le statut des autorisations préalables, le Conseil d'État a, dès 1927, considéré que « *que si, par application de ces textes, il appartenait au maire de la commune de Brison de prescrire certaines précautions pour prévenir les accidents en montagne, les incendies et les dommages aux propriétés, il ne pouvait, ainsi qu'il l'a fait sans porter atteinte à la liberté individuelle, réglementer d'une façon générale et absolue pendant toute l'année, sur tout le territoire de la commune, quels que soient les chemins empruntés, la circulation de toutes les personnes n'y possédant par leur résidence et les obliger, pour faire l'ascension des montagnes situées sur le territoire de ladite commune, à se présenter à la mairie, à donner leurs noms et prénoms et pays d'origine [...]* »¹⁹¹³.

87. Ainsi, il est constant que la liberté d'aller et venir a été utilisée pour limiter les régimes d'autorisations de circulation au profit d'un régime purement répressif. Et les autorisations qui continuent d'exister en périodes normales, notamment le permis de conduire, ne sont qu'une autorisation d'utilisation d'un véhicule, malgré « les dangers de

¹⁹⁰⁷ Cons. Constit., Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs

¹⁹⁰⁸ CE, 29 juin 2006, *Mme Moon*, n° 070373

¹⁹⁰⁹ Article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958

¹⁹¹⁰ Cass. 1re civ., 28 nov. 1984, *Bonnet, Buisson, Lisztman*

¹⁹¹¹ TC, 17 juin 2013, *M. Bergoend c/ Société ERDF Annecy Léman*. Aux termes de cet arrêt le périmètre de la voie de fait s'est contracté puisque désormais seuls les atteintes à la liberté individuelle et l'extinction du droit de propriété sont considérées comme relevant de cette dernière.

¹⁹¹² CE, ord. réf., *Marcel*, 2 avr. 2001 n° 2001-061985.

¹⁹¹³ CE 13 mai 1927, *Carrier*, n° 94267, p. 538

la locomotion automobile »¹⁹¹⁴ et ne peuvent être considérées comme des autorisations de circulation.

88. Et ce changement de régime juridique a pour conséquence l'apparition d'un certain anonymat sur l'espace public. En effet, en l'absence d'autorisation, l'État ne peut plus matériellement connaître les déplacements des individus. Et s'il existe des hypothèses, notamment les contrôles ou vérifications d'identité¹⁹¹⁵, où l'anonymat est supprimé, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé pour autant que ces derniers violaient la liberté d'aller et venir. Il nous est alors possible de considérer que l'anonymat n'est pas un élément de définition de la liberté d'aller et venir, dont le non-respect impliquerait l'inapplicabilité de la liberté, mais au contraire une simple externalité, une simple conséquence d'une conception particulière de cette liberté.

89. Limites à la liberté d'aller et venir. En effet, si la définition de la liberté d'aller et venir ne permet pas de mettre en exergue l'existence d'un droit à l'anonymat, peut-être que ses limites permettent en miroir de singulariser ce droit à l'anonymat. Pourtant, aucune de ses limites, qu'elles soient textuelles¹⁹¹⁶ ou prétorienne¹⁹¹⁷, ne se base sur l'anonymat ou sur sa violation. Effectivement, au sein des jurisprudences constitutionnelles comme administratives, nulle trace n'est décelable d'un droit à l'anonymat comme composante substantielle de la liberté d'aller et venir. Même les cas des contrôles et vérifications d'identité ne permettent pas d'établir un droit à l'anonymat sur l'espace public puisque si le Conseil constitutionnel, aux termes de sa réserve d'interprétation, oblige l'agent à « motiver son contrôle »¹⁹¹⁸, il ne considère pas pour autant que ce contrôle viole un droit à l'anonymat.

¹⁹¹⁴ CE, 8 août 1919, *Labonne*, n° 56377.

¹⁹¹⁵ Cons. Constit. Décision n° 93-323 DC du 05 août 1993 *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*. E. PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux: des régimes inutilement hétéroclites », *Rev. Française Droit Adm.*, vol. 5, 1994, pp. 959 – 992. D. MAYER, *Prévention et répression en matière de contrôle d'identité: une distinction trompeuse*, *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 37. pp. 272 – 274, 1993.

¹⁹¹⁶ Ainsi, ni les réglementations de voirie, ni les autorisations de circulation et notamment le permis de conduire, constituent une violation de la liberté d'aller et venir.

¹⁹¹⁷ Voir à titre d'illustration : CE, Section, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, n°50438.

¹⁹¹⁸ « [...] que s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle » Cons. Constit., Décision n° 93-323 DC du 05 août 1993 *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*

90. D'ailleurs, concernant l'anonymat, les rapports entre la sûreté et la liberté d'aller et venir sont éclairants. En effet, à la suite d'une jurisprudence désormais classique, passé un certain temps ou degré, l'atteinte à la liberté d'aller et venir se transforme en atteinte à la liberté d'individuelle¹⁹¹⁹. Comme le remarque le professeur X. BIOY : « *la liberté de mouvement simplement encadrée obéit au régime de la liberté d'aller et venir quand sa privation totale suit les interdits et garanties de la sûreté.* »¹⁹²⁰. Ainsi pensée, la liberté d'aller et venir devient le premier niveau de protection de la liberté individuelle, entendue comme synonyme du droit à la sûreté. Partant, le Conseil constitutionnel a considéré, dans une décision du 19 janvier 2006¹⁹²¹, que la liberté individuelle n'était pas en jeu concernant la captation et l'exploitation de données sur des véhicules. Dès lors, ce traitement de données sur l'ensemble du territoire national n'entraînait pas de violation de l'article 66 de la Constitution¹⁹²². Ainsi, dans sa décision, le juge de la rue Montpensier a une conception matérielle et physique de la liberté d'aller et venir, puisque la simple captation d'information est insusceptible d'être considérée comme une atteinte. Cette position invalide, en miroir, l'existence de l'anonymat comme élément constitutif de la liberté d'aller et venir.

91. Dès lors, absent du droit positif, qu'il soit textuel ou jurisprudentiel, le concept d'anonymat ne peut être considéré comme un élément constitutif de la liberté d'aller et venir. Pourtant, cette impossibilité ne signifie pas absence de lien, puisqu'il est possible de considérer l'anonymat comme une conséquence de la liberté d'aller et venir et de sa finalité (la suppression des points de passage, et donc de contrôle). Ainsi, s'explique son absence du droit positif : la liberté d'aller et venir est un droit dont la conception est trop ancienne et ne prend pas en compte l'apparition des possibilités de l'informatique.

¹⁹¹⁹ Cons. Constit Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 .Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

¹⁹²⁰ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, 2014, p 537.

¹⁹²¹ Cons. Constit, Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006 Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

¹⁹²² « *Considérant que, selon les requérants, ces dispositions, en organisant " un système généralisé de contrôle " qui s'étend aux personnes occupant les véhicules concernés, méconnaissent l'article 66 de la Constitution, la liberté d'aller et venir, ainsi que le respect de la vie privée ; qu'ils soutiennent également qu'elles sont entachées d'incompétence négative ; 16. Considérant, en premier lieu, que, par sa nature même, la procédure de recueil automatisé de données relatives aux véhicules instituée par l'article 8 de la loi déferée ne saurait porter atteinte ni à la règle, posée par l'article 66 de la Constitution, selon laquelle nul ne peut être arbitrairement détenu, ni à la liberté d'aller et venir protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ; »*

92. Pourtant, il existe une autre liberté de mouvement, de conception plus récente, qu'il est possible d'interroger au regard de l'anonymat sur la voie publique.

B. L'anonymat comme conséquence de la liberté de circulation

93. **Liberté de circulation.** Liberté structurante de la construction européenne, la liberté de circulation se déduit de l'article 3 du TFUE¹⁹²³, précisé dans les titres II¹⁹²⁴ et IV¹⁹²⁵ de la troisième partie de ce même traité relative aux politiques et actions internes de l'Union.

94. **Liberté de circulation anonymat.** Dès 1976, la liberté de circulation a pris la forme d'une interdiction des titres de séjour¹⁹²⁶ pour les travailleurs ressortissants d'un pays membre. Cette interdiction a eu pour conséquence l'impossibilité pour l'État de destination de connaître à l'avance l'identité des ressortissants qui voulaient se rendre sur son sol. Depuis le traité de Maastricht, la liberté de circulation connaît comme bénéficiaire « le citoyen de l'Union » et comme champ d'application *ratione loci* « le territoire des États membres »¹⁹²⁷. Néanmoins, la question de la qualification de cette liberté est restée pendant longtemps ouverte. En effet, historiquement construite comme une liberté économique *stricto sensu*¹⁹²⁸, désormais, « la libre circulation et le libre séjour des personnes sont élevés alors non plus au rang de libertés économiques, mais à

¹⁹²³ « 1. L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants: a) l'union douanière; b) l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur; c) la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro; d) la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche; e) la politique commerciale commune. 2. L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ».

¹⁹²⁴ Relatif à la libre circulation des marchandises

¹⁹²⁵ Relatif à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux

¹⁹²⁶ CJCE, *Royer*, du 8 avril 1976.

¹⁹²⁷ Article 18 §1 TCE

¹⁹²⁸ « Longtemps réduite à une perspective économique qui lui permettait d'appréhender des biens, des capitaux ou des services, la construction communautaire s'est d'abord contentée de saisir les êtres humains comme des éléments de la réalisation d'un marché intérieur, par l'intermédiaire de la libre circulation des travailleurs. L'*Homo economicus* y était un instrument au service du marché sans que l'on puisse imaginer qu'il devienne un jour le titulaire naturel d'un droit général à la libre circulation » H. LABAYLE, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam », *AJDA*, 1997. p. 923,

celui de droit de l'homme. Ce droit de circulation et de séjour... se différencie ainsi des autres libertés composant le marché intérieur »¹⁹²⁹. La question de l'absence d'entrave à la circulation n'implique pas automatiquement l'absence d'enregistrement de ces derniers ; tout au plus implique-t-elle l'absence de traitement différencié entre les ressortissants de l'Union européenne et les nationaux.

95. D'ailleurs, les conséquences de cette liberté en droit européen dépassent sa simple fonction économique. À titre d'illustration, dans un arrêt en date du 14 octobre 1991¹⁹³⁰, la CJUE défend le pluralisme des opinions, y compris *contra legem*, au nom de la libre circulation des capitaux. Dans une décision analogue, la Cour interdit les restrictions aux déplacements des personnes, même si le but de ces derniers est de contourner la loi.

96. Droit international. D'ailleurs, il est possible de retrouver cette perspective dans l'article 2 § 2 du Protocole 4 à la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁹³¹, sans, là aussi, aucune mention sur le caractère anonyme de cette liberté fondamentale. Quant au droit de l'UE, la qualification de la liberté de circulation comme liberté fondamentale ne fait plus aucun doute puisque cette dernière est désormais inscrite sein de la Charte européenne des droits fondamentaux¹⁹³².

97. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ne fait qu'une place marginale à cette disposition, puisqu'elle est placée par le juge en concurrence avec l'article 5¹⁹³³ de la Convention. Dans cette perspective, la Cour va considérer que seules les restrictions à cette liberté rentrent dans le champ d'application

¹⁹²⁹ H. GAUDIN » *Citoyenneté européenne et droits fondamentaux : RAE 2006/1, p. 83* » in F. Fines, Jurisclasseur n°700 : la liberté d'aller et venir.,

¹⁹³⁰ CJCE, 14 octobre 1991, *Société for the protection of Unborn Children contre Grogan*.

¹⁹³¹ « Article 2 liberté de circulation. *Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique* ».

¹⁹³² Article 45 » *Liberté de circulation et de séjour 1. Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. 2. La liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément aux traités, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre.* »

¹⁹³³ « *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : [...]* »

du protocole, alors que les privations de cette dernière sont couvertes par le texte de la Convention, liant alors, dans une perspective similaire à celle adoptée par le Conseil constitutionnel, l'article 5 relatif à la sûreté et l'article 2 du protocole 4 relatif à la liberté de circulation. Quant aux conditions de ventilation des contentieux entre ces deux textes, entre la privation et la restriction de liberté, il n'y a pour la Cour « *qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* »¹⁹³⁴ ; position qui implique la prise en compte d'un faisceau d'indices objectifs, notamment la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure¹⁹³⁵. Pourtant, rien ne nous permet d'indiquer que les juges européens, ainsi que leurs textes de références, considèrent la liberté de circulation comme étant anonyme. Tout au plus, dans les conséquences de cette dernière liberté, est-il possible de constater que l'interdiction des autorisations de circulation, conséquence de cette liberté implique, tout comme pour la liberté d'aller et venir, l'anonymat de la personne qui se déplace.

98. Ainsi, concernant les libertés de mouvement, le passage d'un régime d'autorisation à un régime répressif implique l'apparition de l'anonymat comme conséquence de la disparition de toute autorisation à la circulation des personnes physiques. C'est l'interdiction de ces dernières qui garantit l'existence de l'anonymat sur l'espace public.

Paragraphe 3. La loi prohibant la dissimulation du visage et l'anonymat

99. Rien n'indique dans les différents textes relatifs aux libertés de mouvement qu'une de leurs conditions d'effectivité serait l'anonymat. En effet, si on trouve des traces éparses de ce lien entre anonymat et liberté d'aller et venir, force est de constater que ce lien connaît un problème structurel : il est depuis 2010 contraire au droit positif. Effectivement, le développement de la législation sur le port des vêtements peut être

¹⁹³⁴ CEDH, 6 nov. 1980, *Guzzardi c/ Italie*, n°7367/76. § 93

¹⁹³⁵ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et a. c/ Pays-Bas*, n°5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, § 58-59

interprété comme ayant pour conséquence la négation de ce droit à l'anonymat des déplacements. Cette question, considérée dès 2008 par B. Pacteau¹⁹³⁶, et présente en 2009 dans un décret¹⁹³⁷, n'a reçu une consécration législative qu'en 2010 avec la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public¹⁹³⁸. En effet, aux termes de cette dernière la question des rapports entre la liberté d'aller et venir et la liberté vestimentaire est clarifiée.

100. En effet, dans sa décision attenante, le Conseil constitutionnel¹⁹³⁹, malgré sa possibilité de statuer *ultra petita*, s'abstient de faire toute référence à la liberté d'aller et venir. De fait, il corrobore l'idée que la liberté d'aller et venir ne contient pas un droit à le faire de manière anonyme. Cette absence de conciliation avec la liberté d'aller et venir n'est pas anecdotique et ne peut être considérée comme un simple « oubli » du juge de la rue Montpensier : cette carence permet d'affirmer en miroir que l'individu devant être identifiable sur la voie publique ne bénéficie pas d'un droit à l'anonymat sur cette dernière puisqu'aujourd'hui, l'obligation d'avoir le visage apparent dans l'espace public est conditionnée aux besoins d'identification de l'État¹⁹⁴⁰. R. HANICOTTE dénonce par ailleurs avec force : « *Si la loi obéit à des intentions vertueuses, elle n'est pas à l'abri d'interprétations vicieuses, inspirées de quelques mobiles « pervers » : l'identification de toute personne, en tout lieu et en tout temps, placée sous surveillance virtuelle. Par atavisme, encline à démasquer... même les innocents, la police n'aime guère l'anonymat. Combinée à l'invasion de la vidéoprotection, l'interdiction de la dissimulation du visage fait peser une menace sur le quidam « espèce piétonnière » en voie de disparition. Au prix de cette logique spatiale, la restriction de police tend à devenir la règle, la liberté,*

¹⁹³⁶ « il y a aussi à se prémunir de l'amalgame quand c'est non pas la liberté d'aller et venir qui est touchée que les comportements et agissements contraires à l'ordre [...] qui sont entrepris à l'aide, à l'abri ou à l'ombre de cette liberté. On pense en particulier à la réglementation des tenues vestimentaires [...] ; » B. Pacteau, Article « liberté d'aller et venir », J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, & S. RIALS, *Dictionnaire des droits de l'homme*. Presses Universitaires de France, 2008.

¹⁹³⁷ Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique

¹⁹³⁸ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public

¹⁹³⁹ Cons. Constit., Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, Loi interdisant la dissimulation du visage sur l'espace public.

¹⁹⁴⁰ « Dès lors, que l'infraction est une contravention, il n'est pas exigé d'intention délictueuse pas plus qu'il n'est Nécessaire d'établir que le contrevenant avait l'intention de ne pas être identifié ». Ministre de la Justice, Circulaire du 11 mars 2011 relative à la présentation des dispositions relatives à la contravention de dissimulation du visage dans l'espace public

l'exception. »¹⁹⁴¹ La loi sur la dissimulation du visage dans l'espace public n'entretient en elle-même aucun rapport avec la question de l'identification et a son pendant négatif à savoir l'anonymat. Pourtant, la définition donnée par la circulaire du 2 mars 2011¹⁹⁴² du vêtement c'est-à-dire « *ceux qui rendent impossible l'identification de la personne. Il n'est pas nécessaire à cet effet que le visage soit entièrement dissimulé [...]* » implique un certain nombre de conséquences.

101. Tout d'abord, l'aspect objectif de la définition tient à la fois au caractère contraventionnel de l'infraction et à la définition donnée du vêtement. En effet, cette caractéristique se retrouve dans la définition donnée, qui allie vêtement interdit par nature (« *cagoule et voiles intégraux (Burqa, niqab...)* »¹⁹⁴³) et combinaison de vêtements pouvant avoir comme conséquence de rendre l'identification impossible. Mais la définition retenue est bien objective dans la mesure où la personne est extérieure à la détermination de l'existence d'une tenue considérée comme rendant l'identification impossible.

102. Ainsi précisée par la circulaire du 2 mars 2011, cette loi a pour conséquence de poser une nouvelle norme dans l'espace public : l'obligation d'être identifiable. Dès lors, la question de la suppression de l'anonymat dans l'espace public devient centrale puisque conditionnant l'application de la loi. Dans cette perspective, il est possible d'affirmer que cette loi supprime corrélativement tout droit à l'anonymat de la personne physique dans l'espace public dans une perspective verticale, vis-à-vis de l'État.

103. Cependant, pour les systèmes biométriques (comme par exemple la vidéoprotection avec reconnaissance faciale), cette définition est loin d'être anodine, puisque elle permet à ces systèmes de devenir pleinement opérationnels ; car ces derniers

¹⁹⁴¹ R. HANICOTTE, « Espaces publics, impasse des libertés », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, vol. 26. pp. 20 – 24, 2012.

¹⁹⁴² Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi numéro 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *Journal officiel* du 3 mars 2011, page 4128

¹⁹⁴³ « *Les tenues destinées à dissimuler le visage sont celles qui rendent impossible l'identification de la personne. Il n'est pas nécessaire, à cet effet que le visage soit intégralement dissimulé. Sont notamment interdits, sans prétendre à l'exhaustivité, le port de cagoules, de voiles intégraux (burqa, niqab...), de masques ou de tout autre accessoire ou vêtement ayant pour effet, pris isolément ou associé avec d'autres, de dissimuler le visage. Dès lors, que l'infraction est une contravention, l'existence d'une intention est indifférente : il suffit que la tenue soit destinée à dissimuler le visage* » Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public

nécessitent matériellement de pouvoir visualiser le visage afin de pouvoir l'identifier. D'ailleurs, pour pousser plus loin le raisonnement, même les systèmes de vidéoprotection sans reconnaissance faciale sont soumis à cette condition pour être pleinement opérationnels. Dès lors, de manière bien étrange, si l'on met cette disparition de l'anonymat porté par la loi de 2010, en parallèle au développement de la vidéoprotection, il est possible de constater que la première est une condition d'effectivité de la seconde et que l'interdiction de masquer son apparence¹⁹⁴⁴ peut s'analyser non pas comme une prohibition autonome, mais comme une prohibition permettant de remplir un but « caché ». Cette caractéristique expliquerait le caractère fluctuant et évanescent des motifs de la loi : le développement des systèmes de reconnaissance faciale. Désormais le port du masque par une personne est une infraction en soi et non plus une modalité pratique de la réalisation d'une autre infraction.

¹⁹⁴⁴ Voir *infra*. p, 175 et s.

104. Conclusion Chapitre. Il ressort des développements précédents que la géolocalisation des personnes, que ce soit en matière de police administrative ou de police judiciaire, se fait *a minima* sur l'espace public. Au sein de cette nouvelle fonction que représente la géolocalisation, les systèmes biométriques sont un moyen sûr de localiser les individus, cette dernière supprimant le lien fluctuant entre l'objet et la personne qui pouvait exister dans la loi relative à la géolocalisation. Quant au régime juridique relatif à cette nouvelle fonction de la biométrie, il est possible de mettre en lumière un « biais » : si cette fonction n'est pas prise en compte par le droit positif, son encadrement en matière de droits fondamentaux est lui très lacunaire, voire insignifiant. Effectivement, si l'on trouve des traces éparses de l'existence d'un droit à l'anonymat sur l'espace public, la loi de 2010 *relative à la dissimulation du visage sur l'espace public*, peut être interprétée comme contenant une négation de ce droit à l'anonymat. Dès lors, en l'absence d'un tel droit, la conciliation opérée entre les impératifs d'ordre public et les droits fondamentaux ne peut prendre pleinement sens, puisque la localisation (fonction masquée de la biométrie) implique l'absence d'un droit à l'anonymat sur l'espace public. Dans cette perspective, cette nouvelle fonction latente aux systèmes biométriques ne connaît aucun encadrement visant à protéger les droits fondamentaux des individus.

Conclusion Titre. La localisation, comme fonction inhérente à toute utilisation de systèmes biométriques, n'existe pas comme élément de leurs régimes juridiques. A l'échelle européenne, l'utilisation de la biométrie permet de gérer les autorisations de franchissement des frontières extérieures. Ces autorisations sont attribuées en fonction d'éléments au sein desquels les empreintes biométriques - et plus précisément les empreintes digitales - tiennent une place centrale, puisque seuls ces éléments sont à même d'assurer la fiabilité des titres d'identités ou que la personne ne présente qu'une seule demande de visa. Dans cette logique, la biométrie cesse d'être une simple preuve d'identité pour devenir l'identité de la personne, la correspondance dans la base de données étant alors considérée comme une présomption irréfragable.

Cette logique de localisation se retrouve aussi à la surface, dans le déploiement de systèmes biométriques sur le territoire national : la multiplication de tels systèmes conduit à localiser les personnes dans leurs déplacements. Cette localisation ne connaît qu'un très faible encadrement juridique, étant donné qu'aucun des droits fondamentaux classiques ne contient une dimension anonyme ; qu'il s'agisse de la vie privée, ou des libertés physiques (circulations, d'aller et venir). Cette absence de cadre entraîne alors une double contrainte dans la conciliation opérée entre la protection des droits fondamentaux et la défense de l'ordre public : d'une part, cette fonction nécessaire n'est jamais citée dans les éléments permettant de prévenir les infractions, c'est-à-dire relatifs à l'ordre public, et d'autre part, s'agissant des droits fondamentaux, ils ne peuvent circonscrire efficacement cette fonction - inhérente à l'existence même de systèmes biométriques - en l'absence de droit autonome à l'anonymat ou composant un autre droit fondamental.

Conclusion générale

105. Le postulat de départ de cette thèse, l'existence d'un objet « biométrie » particulier et non réductible à un exemple d'utilisation de données à caractère personnel, s'est trouvé être une source féconde de réflexion. Pour étudier la biométrie, ce travail s'est fondé sur une reconstruction de son modèle à partir du plus petit dénominateur commun à l'ensemble de ses définitions. Cette reconstruction de l'objet, qui n'est saisi que marginalement par le droit positif et la doctrine, conduit à une interrogation sur les fonctions de la biométrie et montre que ces dernières, loin d'être juridiquement encadrées, sont, en ce qui concerne sa fonction latente et structurelle (la localisation), un angle mort de la protection des droits fondamentaux de la personne.

106. Concernant le corps, élément commun à l'ensemble des définitions de la biométrie, il a été montré l'existence d'une double appréhension pour la biométrie de la notion de corps. Tout d'abord, dans une perspective personnaliste, une première définition considère le corps comme équivalent à la personne : le physique de la personne se confondrait avec la personne physique. Cette définition du corps est un axiome nécessaire pour la biométrie, puisque la confusion entre le corps et le concept de personne physique est un prérequis au fonctionnement de la biométrie ; si bien qu'identifier l'un équivaut à identifier l'autre. Dans une seconde conception du corps, portée non plus par le droit civil classique, mais par le droit médical, le corps est conceptualisé comme un agrégat, dont les pièces sont interchangeables. Cette conception du corps en tant que machine pose quant à elle une limite pour la biométrie, en ce que le support corporel de la mesure est alors détachable du corps, voire interchangeable. L'identité du corps ne renvoie plus alors à l'identité de la personne. En fin de compte, la possibilité d'utilisation d'un système biométrique est largement déterminée, soit en tant que fondement soit comme limite, par la conception juridique du corps mobilisée.

107. Indépendamment de cette approche notionnelle du corps pour la biométrie, concernant son rapport à l'identité, il a été possible, là aussi, de montrer une dichotomie en fonction de l'élément corporel encadré : l'apparence ou la structure, l'*ipse* ou l'*idem*. Alors que la liberté dans la détermination de l'apparence corporelle semble totale, il existe désormais une interdiction sur l'espace public de masquer cette dernière. Cette prohibition a alors été analysée comme facilitant le développement de certains systèmes biométriques, au premier rang desquels la vidéoprotection. Quant à la structure du corps, son *idem*, le principe est au

contraire l'interdiction de la modifier ; les opérations médicales en constitueraient alors une exception. Cette interdiction, qui permet de stabiliser l'état corps de la personne, limite d'autant la conception du corps comme agrégat préalablement posé comme une limite à la biométrie. D'ailleurs, cette distinction se retrouve, pour partie, dans les vecteurs juridiques de l'identité corporelle : les données à caractère personnel. Vecteurs juridiques de l'identité, cette catégorie se divise en deux régimes juridiques : l'un standard, l'autre spécial. Quant à la question de la classification des données biométriques au sein de ces deux régimes, elle a nécessité une réponse circonstanciée, en reprenant une triple distinction entre les données rattachées à des traitements de données à caractère personnel standard, celles encadrées comme données spéciales et celles connaissant un régime juridique *ex nihilo*, difficilement rattachable en tant que tel aux catégories précédemment mentionnées. C'est notamment le cas des données portant sur la structure du corps, comme les empreintes génétiques. Le critère présidant à cette triple ventilation porte sur la densité d'information contenue dans la représentation du corps.

108. Cependant, l'existence des données biométriques n'est d'aucune utilité sans leur mise en base de données, c'est-à-dire leur enregistrement numérique au sein d'un cadre préétabli ; et ce couple formé par données (la substance) et métadonnées (le cadre), éléments de définition des bases de données, est nécessaire pour toute utilisation des données biométriques. Ces bases de données biométriques peuvent alors être classées en fonction de leur rapport avec la base de données d'identité standard qu'est l'état civil. Dans un premier temps, la base de données biométrique est considérée comme une preuve de l'identité. La biométrie est alors utilisée pour sécuriser la délivrance des titres ou authentifier les informations qu'ils contiennent. Toutefois, ces bases de données subalternes à l'état civil, ne constituent pas le cœur de notre sujet puisqu'a émergé progressivement une utilisation de la biométrie autoréférencée, déconnectée de l'état civil. Dès lors, l'identité produite par ce dernier n'étant qu'accessoire, le fonctionnement de ces bases de données biométriques ne nécessite plus l'existence d'une telle identité, au profit d'une comparaison des données à l'intérieur même de la base de données. Très utilisées comme procédés d'enquêtes, ces bases de données biométriques sont alors utilisées pour confondre le coupable, et ce indépendamment de son identité. L'identité, contenue dans l'état civil, devient marginale dans ces systèmes biométriques, puisque c'est l'existence d'une correspondance entre les données biométriques captées et celles précédemment enregistrées qui conduisent à appliquer un régime juridique (poursuite pénale, catégorisation des demandeurs de visas...).

109. Dès lors, la question de l'utilisation de la biométrie dépasse ses rapports avec l'état civil et ne peut donc être limitée à un simple rapport avec l'identité. Dans cette perspective, la fonction latente pour la biométrie autoréférencée ne consiste plus à chercher l'identité de la personne, mais sa localisation. Cette localisation peut se décliner en localisation sur la scène de crime pour les fichiers de police, en localisation à l'entrée du territoire national et, plus récemment, avec le développement des procédés « traçants », en localisation sur l'ensemble de l'espace public.

110. Concernant la localisation des étrangers à la frontière, elle se singularise par une défiance vis-à-vis de l'identité produite par le demandeur : l'identité n'est alors plus marginale dans le traitement biométrique, elle est niée au profit de la base de données biométrique, seule à même de permettre à la personne de rentrer sur le territoire national. Quant à la localisation de la personne sur le territoire national, il s'agit là d'une externalité à l'usage des systèmes biométriques, notamment des procédés considérés comme traçants. Tout système biométrique secrète une information sur la localisation de la personne, comme donnée ou *a minima* comme métadonnée.

111. Étrangement, cette nouvelle fonction de la biométrie ne connaît aucun encadrement juridique pour elle-même. Elle constitue un véritable angle mort de la conciliation entre la protection des droits fondamentaux et la défense de l'ordre public. Seules sont mises en balance dans cette conciliation les fonctions d'authentification et d'identification. La localisation n'est jamais mentionnée en tant que telle. Pourtant, en révélant les déplacements des individus et en maintenant ces derniers constamment dans la lumière, cette fonction intrinsèque de la biométrie amène un profond déséquilibre pour les droits fondamentaux des personnes physiques, puisque l'ensemble des libertés physiques doit désormais être considéré vis-à-vis de l'absence de droit à l'anonymat. L'absence de prise en compte de la fonction de localisation dans les systèmes biométriques ne conduit pas à une société de surveillance en tant que telle, mais conduit à une modification de la conciliation qui prend la forme d'un changement radical de cette dernière. En effet, la conciliation entre la protection des droits fondamentaux et la défense de l'ordre public connaîtrait alors une apparence et une réalité. L'apparence, c'est la prise en compte des fonctions de la biométrie comme moyens de protection de l'ordre public et sa conciliation avec les droits fondamentaux de la personne, au premier rang desquels la vie privée. La réalité, c'est que la conciliation qu'elle soit opérée par le législateur, les juges ou les traités internationaux, en niant la localisation comme une fonction latente de la biométrie, déséquilibre la protection effective des droits fondamentaux

des personnes, puisque ces derniers se retrouvent, en miroir, amputés d'une composante anonyme.

112. En outre, et de manière plus générale, les évolutions techniques inhérentes aux systèmes biométriques ne sont pas prises en compte par le droit positif. En effet, il y a aujourd'hui « une croyance » au sein du droit positif, portant sur l'existence de garde-fous se basant sur l'état actuel du progrès technique. Pourtant, à la vue de la durée de conservation des échantillons et de leur représentation numérique, rien n'indique que nos conceptions de ces marqueurs biologiques ne deviendront pas caducs au profit de nouvelles approches, aujourd'hui difficilement concevables qui détruiront l'édifice juridique et notamment la protection offerte en matière de droits fondamentaux.

113. En conclusion, cette thèse est celle de l'impossible contraction de la biologie et de la technique aux catégories juridiques. Impossible réduction de la biologie au juridique, car la transformation d'hypothèses scientifiques en vérité juridique est un mécanisme nécessaire et pourtant stérile pour les libertés. Impossible contraction des possibilités techniques au droit positif, le retard du droit n'étant pas alors transitoire, mais structurel à son appréhension de la technologie. Sous l'action conjointe de ces deux phénomènes, s'atténue peu à peu au sein de la biométrie l'identité juridique de la personne, comme sur les rivages d'Ithaque un visage de sable...

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	9
INTRODUCTION	15
SECTION 1. UNE ETUDE JURIDIQUE DE LA BIOMETRIE	18
<i>Paragraphe 1. Un objet à définir juridiquement</i>	<i>18</i>
A. Une évolution de la définition vernaculaire	18
B. Une définition juridique par le prisme des données à caractère personnel.....	21
1. Un élément générique : la biométrie comme traitement informatique.	21
2. Un élément de différenciation : les mesures corporelles	28
<i>Paragraphe 2. la place de la biométrie dans les discours doctrinaux</i>	<i>30</i>
A. La marginalisation de l'objet	31
B. Le démembrement de l'objet.....	32
C. L'absence de neutralité axiologique sur l'objet	36
SECTION 2 : MODELISATION DE LA BIOMETRIE	41
<i>Paragraphe 1. Le cadre conceptuel de la biométrie.....</i>	<i>41</i>
A. Une étude dans le prisme des droits fondamentaux.....	42
B. Une étude dans le prisme étatique	46
<i>Paragraphe 2. Le concept de biométrie.....</i>	<i>48</i>
A. Les informations utilisées par la biométrie.....	51
1. Une présentation des techniques biométriques.....	51
2. Les critères de choix des techniques.....	58
3. Une conjecture nécessaire à l'ensemble des informations utilisées par la biométrie.....	61
B. Les informations secrétées par la biométrie	65
PARTIE I. LA RECHERCHE DE LA PREUVE DE L'IDENTITE PAR LA BIOMETRIE.....	71
TITRE I. LE CORPS COMME SUPPORT DES DONNEES BIOMETRIQUES	74
<i>Chapitre I. Les conceptions juridiques du corps pertinentes pour la biométrie</i>	<i>77</i>
Section 1. Le corps comme sujet : postulat de la biométrie.....	86
Paragraphe 1. L'existence du corps comme condition d'existence de la personne.....	89
A. Une affirmation dans le cadre du Code civil	89
1. Un principe jamais transposé en droit positif.	89
2. La fiction de l'enfant conçu	92
B. Une exception factuelle imprévue : les siamois	95
Paragraphe 2. La modification de l'état du corps comme condition de la modification de l'état des personnes	100
1. Des modifications limitées par le principe d'indisponibilité de l'état civil.....	100
2. Les modifications du corps conditionnant l'état des personnes	103
Section 2. Le corps comme objets : une limite pour la biométrie.	112
Paragraphe 1 : Le corps stabilisé : le principe d'inviolabilité du corps humain.....	116
A. Un principe aux multiples significations	116
B. Les exceptions au principe d'inviolabilité.....	121
1. La volonté contre l'inviolabilité	122
2. L'inviolabilité contre la volonté	126
Paragraphe 2 : Le corps morcelé : greffes et éléments corporels	131
A. Le corps modifié : greffe et combinaison d'identité.....	136
1. Le sang : Une multiplication circonstanciée des identités	136
2. Les tissus, cellules et produits du corps humain : une multiplication généralisée des identités.	140
B. Greffes et remplacement d'identité	142
1. Les organes : Un remplacement limité des identités	143
2. Une hypothèse de travail : un remplacement total de l'identité.....	148
<i>Chapitre 2. L'identité corporelle.....</i>	<i>152</i>
Section 1. L'identité corporelle substantielle	160
Paragraphe 1. L'identité corporelle choisie	162
A. Le principe de libre détermination de l'apparence	163
1. L'apparence saisie par le droit.....	163
2. Les modifications de l'apparence autorisées par le droit.....	168
B. L'interdiction de masquer son apparence.....	174
1. La lente construction d'un principe	174

2. La finalité du principe : l'identification biométrique	177
Paragraphe 2. La structure du corps : l'identité subie	179
A. La structure du corps	180
B. L'interdiction de modifier la structure du corps	183
Section 2. L'identité matérielle : la donnée à caractère personnel	188
Paragraphe 1. La construction de la notion de données à caractère personnel	190
A. Une autonomisation progressive de la notion de donnée à caractère personnel	193
1. Une confusion sémantique	194
2. Une catégorie distincte des informations nominatives	196
B. les données à caractère personnel: une construction bicéphale.	201
1. Une conception uniformisée dans les différentes sources	202
2. L'existence de données à caractère personnel soumise à un régime juridique dérogatoire	204
Paragraphe 2. La construction de la notion de données biométriques	205
A. Un rattachement difficile aux catégories existantes	206
1. Données biométriques et données de santé	206
2. Données biométriques et dévoilement de la race	210
B. Un nouveau classement des données biométriques	216
1. L'existence de critères de distinction	216
2. Une nouvelle la distinction	220
a. Les données relatives à l'apparence	221
b. Les données relatives à la structure corporelle	224
TITRE 2 : L'ARTICULATION ENTRE LES TRAITEMENTS BIOMETRIQUES ET L'ETAT CIVIL	231
<i>Chapitre 1. Les concepts de bases de données.</i>	234
Section 1. Le régime juridique des bases de données	237
Paragraphe 1 : Le concept de base de données	237
A. L'émergence du concept de base de données	238
B. Les critères déterminant l'existence d'une base de données	240
Paragraphe 2 : L'évolution du régime juridique des bases de données	242
A. la loi de 1978 ou la prédominance du critère organique	244
B. La loi de 2004 ou l'affirmation apparente d'une conception substantielle.	246
C. Le maintien d'un critère organique exclusif	249
Paragraphe 3 : La grille de lecture de la CNIL en matière de données biométriques	252
A. L'existence des avis	252
B. La substance des avis	254
Section 2. Une base de données fondamentale et exceptionnelle : l'état civil	259
Paragraphe 1 : L'émergence des registres d'état civil	261
A. L'apparition d'une compétence étatique	262
1. Le développement de la compétence étatique	262
a. Les conditions d'apparition de l'État moderne	263
b. La concurrence des compétences	267
B. Les conséquences de cette nouvelle répartition des compétences	271
Paragraphe 2 Une détermination substantielle se fondant sur des fictions	274
A. Les éléments objectifs : cadre de l'état civil	275
1. L'existence d'informations classantes au sein de l'état civil	275
2. L'existence d'informations déterminées mécaniquement au sein de l'état civil	276
B. l'émergence d'éléments déterminés subjectivement	280
1. L'encadrement des noms	280
2. La prise en compte d'éléments biologiques dans la modification de l'état civil	282
<i>Chapitre 2. L'utilisation de la biométrie dans les preuves de l'identité</i>	287
Section 1. La mise en place des preuves de l'identité	288
Paragraphe 1. Une mise en place sectorielle des preuves d'identité	289
A. Le livret ouvrier : Une surveillance décentralisée	290
B. Le carnet anthropométrique: l'identité par la mesure du corps	292
C. Le fichier juif : la centralisation du fichage	297
Paragraphe 2. Une mise en place généralisée	302
A. Les preuves classiques d'identité	303
1. Une preuve d'identité facultative : la Carte nationale d'identité	304
2. Une preuve d'identité obligatoire : le Passeport	307
B. des preuves organisées autour d'un « tronc commun »	310
1. Le statut de la pièce d'identité	311
2. L'utilisation d'éléments biométriques	312
Section 2. La mise en œuvre des preuves d'identité biométrique	316
Paragraphe 1. Les fonctions portant sur la preuve de l'identité	319
A. Une fonction structurante : sécuriser la délivrance des titres	320

B. Une fonction opérante : Authentifier les titres.....	325
Paragraphe 2. des fonctions relatives au porteur de la preuve de l'identité.....	329
A. Une généralisation de la fonction identificatrice.....	330
1. Un encadrement par la CNIL.....	330
2. Un contournement de l'encadrement juridique standard.....	333
B. Une fonction « phagocytant » les fonctions classiques.....	336
PARTIE 2. LA RECHERCHE D'UNE IDENTITE PAR LA BIOMETRIE	343
TITRE 1. LA BIOMETRIE COMME FONDEMENT DE L'IDENTITE.....	345
<i>Chapitre 1. La recherche d'une identification corporelle autonome</i>	<i>352</i>
Section 1. La recherche du récidiviste : fonction classique de l'identification judiciaire.....	357
Paragraphe 1. À la recherche de l'homme délinquant.....	358
A. L'essentialisation du crime.....	358
B. les systèmes archaïques d'identification.....	370
Paragraphe 2. L'anthropométrie un précurseur à la biométrie.....	372
A. Un précurseur matériel : Un nouveau système de classement.....	373
B. Un précurseur substantiel : de nouvelles mesures enregistrées.....	376
Section 2. La recherche du primo délinquant : nouvelle fonction de l'identification judiciaire.....	380
Paragraphe 1. Une mesure centrale : l'empreinte digitale.....	382
A. L'empreinte digitale comme procédé d'identification de la personne.....	385
B. L'utilisation des traces comme procédé d'enquête.....	391
Paragraphe 2. Le développement de nouveaux moyens d'identification : la reconnaissance faciale.....	394
A. Une reconnaissance par la personne.....	395
B. Une reconnaissance par la machine.....	398
<i>Chapitre 2. L'identification par l'empreinte génétique.....</i>	<i>413</i>
Section 1. Une mise en place progressive (ante 1998).....	420
Paragraphe 1. Les premières utilisations de la génétique.....	421
A. Le droit international à l'avant-garde de l'encadrement de la génétique.....	421
B. L'émergence d'un droit national : les lois bioéthiques.....	424
Paragraphe 2. La naissance de l'identification génétique.....	429
A. Une mise en place du cadre juridique.....	429
B. Les premières utilisations des empreintes génétiques.....	432
Section 2. Une évolution juridique (post 1998) : la théorie des cercles concentriques.....	435
Paragraphe 1. Une extension des personnes fichées.....	437
Paragraphe 2. Une extension des infractions fichées.....	444
TITRE 2. LA BIOMETRIE COMME FONDEMENT DE LA LOCALISATION.....	452
<i>Chapitre 1. La localisation à l'entrée du territoire national.....</i>	<i>453</i>
Section 1. L'émergence d'une base de données biométrique pour contrôler les frontières.....	459
Paragraphe 1. Le système d'information sur les visas.....	461
A. Les finalités des systèmes d'enregistrement d'information des étrangers à l'échelon européen.....	463
1. Les finalités classiques.....	463
a. Les finalités relatives au document délivré.....	464
b. Les finalités relatives aux personnes.....	465
2. Les apports du continuum de la sécurité.....	467
B. La généralisation du recours à la biométrie pour identifier et localiser les individus.....	471
1. La mise en place d'un cadre pour l'Union européenne : la biométrie authentifiant les visas.....	471
2. L'utilisation de la biométrie pour identifier : le Système d'Information Visas.....	473
Paragraphe 2. La mise en œuvre à l'échelon national.....	476
A. L'organisation de VISABIO.....	477
B. L'utilisation de VISABIO.....	478
Section 2. Les évolutions de cette localisation.....	481
Paragraphe 1. Le système d'information Schengen.....	482
A. Un fichier classique de gestion des étrangers.....	482
B. Une affirmation de la fonction de localisation de ce fichier.....	484
Paragraphe 2. Les autres évolutions quant à la localisation des étrangers.....	485
A. Le fichier OSCAR.....	485
B. Empreintes génétiques et filiation.....	488
<i>Chapitre 2. La localisation des personnes physiques sur le territoire national</i>	<i>492</i>
Section 1. La localisation des personnes physiques dans l'espace public.....	496
Paragraphe 1. La géolocalisation des personnes physiques.....	497
A. Le champ d'application de la localisation des personnes physiques.....	498

1. Police judiciaire et territoire national.....	498
2. Police administrative et espace public.....	500
B. Les modalités de fonctionnement de la géolocalisation.....	507
1. Le développement d'une géolocalisation portant sur des objets.....	508
2. La géolocalisation des personnes comme conséquence de la géolocalisation des objets.....	511
Paragraphe 2. La disparition du lien de causalité par le recours à la biométrie.....	513
A. La localisation : une fonction latente de la biométrie.....	513
1. La localisation : une fonction autonome pour la biométrie.....	514
2. La localisation : une fonction matricielle pour la biométrie.....	516
B. Les conséquences de la fonction de la localisation.....	517
1. Les conséquences non juridiques : l'avènement d'un contrôle de flux.....	517
2. Les conséquences juridiques : un biais de la conciliation entre les droits fondamentaux et la protection de l'ordre public.....	521
Section 2. L'appréhension juridique de la localisation biométrique.....	523
Paragraphe 1. L'anonymat comme conséquence de la protection de la vie privée.....	524
A. La vie privée comme droit fondamental.....	525
B. L'anonymat, une composante inexistante de la vie privée.....	528
Paragraphe 2. L'anonymat comme conséquence des libertés de déplacement.....	532
A. L'anonymat comme corollaire de la liberté d'aller et venir.....	533
B. L'anonymat comme conséquence de la liberté de circulation.....	539
Paragraphe 3. La loi prohibant la dissimulation du visage et l'anonymat.....	541
CONCLUSION GENERALE.....	547
TABLE DES MATIERES.....	552
INDEX RERUM.....	556
INDEX DES AUTEURS.....	561
INDEX DES PRINCIPALES JURISPRUDENCES.....	568
A. JURISPRUDENCE JUDICIAIRE.....	568
B. JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.....	568
C. JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE.....	570
1. <i>Décisions QPC</i>	570
2. <i>Décisions DC</i>	570
D. JURISPRUDENCE CEDH.....	572
E. JURISPRUDENCE CJUE.....	574
BIBLIOGRAPHIE.....	568
I/ OUVRAGES.....	577
A - OUVRAGE JURIDIQUES GENERAUX : TRAITES, MANUELS, PRECIS ET DICTIONNAIRES.....	577
B- OUVRAGES SPECIALISES ET MONOGRAPHIES.....	579
C - THESES.....	585
II. ARTICLES DE DOCTRINE, CONTRIBUTIONS, NOTES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS.....	587
A. ARTICLES ET ETUDES.....	587
B. ARTICLES BIOLOGIE ET MEDECINE.....	629
III/ DOCUMENTS OFFICIELS ET RAPPORTS.....	631
A. RAPPORTS PARLEMENTAIRES.....	631
B. DOCUMENTS INSTITUTIONNELS.....	632
1. <i>CNIL</i>	632
2. <i>Documents français</i>	634
3. <i>Documents internationaux</i>	635

INDEX RERUM

A

ADN

Empreintes génétiques, 23, 29, 33-37, 50-55, 60-61, 83, 120, 123, 128-129, 133, 139-146, 161, 174, 182-185, 211-215, 220, 223, 226-227, 232, 240, 253, 282, 321, 350, 351, 356-357, 361, 369, 380, 391, 412-422, 429-451, 481, 485, 488-490, 514-515, 527, 531, 548

Anthropométrie, 168, 221, 292-294, 305, 312, 349-357, 372-382, 391, 394, 451

B

Base de données, 31-33, 51-54, 66, 231-233, 236-244, 251, 255-260, 274-276, 305-309, 314-320, 324-338, 370, 376, 380-384, 418, 429-437, 461-486, 492, 514-519, 546-549

Bases de données centrale, 255-256, 343, 468

Bertillonage, 22, 168, 190, 191, 305, 350, 352, 354, 355, 357, 372-380, 394, 395, 398

Biodéterminisme, 355-361, 367-371

Bioéthique, 38, 43, 83, 90-93, 113, 117, 132, 138, 169, 227, 279, 367, 419-421, 424-431, 434, 447

Biopolitique, 115-116, 119, 184, 206, 212, 261-267, 520

C

Carte nationale d'identité, 287, 303-307, 322

CCNE, 19-20, 38, 74, 94, 162, 318, 328, 366, 426, 429-431, 450, 490

CNIL, 20, 27, 33-36, 46-47, 51-57, 66, 186, 194, 201, 219, 224, 234-235, 243-258, 273, 306, 314-319, 326-335, 363, 383, 388-399, 410-412, 437-439, 478, 486, 498-499, 511, 523, 529, 534

Contrôle de flux, 68-69, 517-522

Contrôle de Proportionnalité, 25, 43, 316, 328, 338

Convention d'Oviedo, 212, 365, 368

Corps, 15, 19-22, 28, 37, 39, 50, 53, 61-102, 105, 109-173, 178-183, 186, 189-192, 206-207, 214, 218, 223, 225, 230, 232, 260-261, 264-271, 278, 280, 283-290, 293, 297, 300-302, 312, 318, 338, 343, 347, 350-373, 376-377, 382, 399, 412-414, 424-431, 458-459, 494-495, 520, 523, 547-548

Apparence, 160-180, 183, 186-187, 191, 220-225, 229, 351, 544, 547

Indisponibilité du corps, 102, 122, 232

Inviolabilité du corps, 115-119, 122, 124, 128, 131, 169, 428, 442

Structure, 130, 160-162, 174, 179-187, 220-225, 229, 245-246, 351, 389, 408, 547

D

Dignité, 38, 74, 93, 112, 114, 119, 120-123, 128, 160, 162, 168, 173, 176, 184, 194, 211-212, 365, 406, 423, 428, 442, 445, 490, 502-506

Dissimulation du visage, 58, 165, 167, 175-177, 394, 405, 498, 500-506, 533, 542-545

Données à caractère personnel, 18-24, 27-28, 31-32, 35, 46, 57, 76, 159, 187-189, 190, 193-207, 212, 215-222, 225, 229-230, 234-243, 247-248, 250, 254, 316-317, 327, 330-333, 364, 367-369, 387-390, 397, 409, 430, 478-479, 486-487, 510, 513, 527, 534, 547-548

Données Biométriques, 17, 20-23, 27-28, 31-34, 47-54, 65-66, 73, 151, 190, 202, 205-206, 209-210, 215-222, 226-236, 240, 248-258, 310, 314, 317, 325-328, 332-335, 343, 395, 410, 413, 450-451, 468, 474-482, 486-487, 510, 515, 548

Données avec traces, 255

Données obscures, 359

Données opaques, 223, 229, 481, 491

Données sans trace, 56, 255-256

Données traçantes, 53

Droits fondamentaux, 23-29, 34, 42-46, 67-69, 87, 118, 149, 156-158, 165, 167, 176, 184, 193, 197-199, 203, 226-228, 232, 238, 241, 245-249, 254, 316-317, 325, 327, 330, 335-337, 344, 347, 351, 389, 391, 400, 427, 432, 439, 441, 468, 470, 485, 495, 506, 513, 517, 521-527, 537, 540, 545-550

E

Empreintes digitales, 19, 22-23, 27, 33-34, 50-57, 144-147, 154, 172, 174, 178-179, 190, 200, 217, 221-224, 240, 251, 254, 256, 293-294, 304-305, 309-310, 313-315, 323, 328, 334, 338, 345-346, 350, 355, 378-398, 412, 444, 450, 466-468, 471-478, 481-487, 491, 510, 527, 532, 546

Espace public, 58, 163-167, 175-176, 394, 404-405, 495, 498-507, 524, 526, 531, 533, 537, 541-549

Etat civil, 38, 47, 49, 61, 65-66, 69, 73-74, 86-88, 91, 97-98, 100-111, 115, 139-141, 147-148, 152-160, 177, 188-190, 200, 230-236, 258-263, 267-292, 297-300, 305, 307, 321-325, 328, 337-338, 343-346, 349, 352-355, 373-374, 383, 412, 451-452, 456, 458, 461, 466, 474, 476, 478, 483, 486-491, 514, 548-549

Filiation, 55, 61, 157, 190, 214, 220, 232, 259, 262, 277, 282-285, 298, 311, 321, 431, 441, 487-490, 532

Preuves de l'état civil, 148, 232, 289, 343

Etrangers

Système d'information Shengen, 217, 453, 472, 483-484

Système d'information VISA, 22, 172, 217, 457, 462, 465-480

Etrangers

Système d'information VISA, 457

Etrangers

Système d'information VISA, 459

Etrangers

Système d'information VISA, 462
Etrangers

Système d'information VISA, 463
Eugénisme, 142, 183-185, 210, 279, 312,
360, 368, 428

F

Fichier de police, 219, 255, 480, 482

FAED, 256, 350, 354, 383-394, 397,
412

FIJAIS, 58, 350, 381, 518

FNAEG, 34, 47, 54-55, 131, 147,
213-214, 255, 335, 350, 354, 369,
370, 385, 412, 416-418, 436-441,
444, 446-449

Mis en cause, 129-130, 385, 399,
415, 438-440, 442-444, 449-451

TAJ, 219, 399-400, 405, 409

Finalités

Authentification, 327-328, 522

Identification, 15, 18-24, 31, 33, 36-
37, 47, 51, 54-55, 65-69, 74-76,
82-86, 94, 100-102, 113, 115, 131-
133, 136-152, 155-161, 168-179,
182-186, 189-193, 196, 203, 205,
208-210, 217-220, 223-227, 234-
235, 238, 245, 248, 250, 261, 266-
268, 272-274, 280-282, 286-309,
312-313, 317-320, 326-338, 343-
359, 364, 369, 370, 373-386, 390-
394, 398-400, 405, 410-424, 427-
432, 436, 443-444, 450-452, 459,
471-472, 476, 483-485, 489-491,
497, 500-501, 504-505, 514-520,
534, 542-543, 549

Localisation, 49, 51, 66-69, 142, 238,
275, 344, 407, 410, 414, 452, 481,
484-485, 491-500, 505, 508-523,
526, 529, 545-549

Identification, 462

G

Gens du voyage, 295, 296

Carnet anthropométrique, 293-296,
302, 346, 400

Géolocalisation, 242, 492-500, 507-512,
518, 545

Greffes d'organes, 132, 133, 144, 151,
209

H

Hérédité, 55, 137, 181, 182, 210, 228,
360, 371, 418, 421-424

I

Informations nominatives, 27, 52, 58,
189, 193-201, 242-243, 273, 308, 316,
416, 529

L

Liberté d'aller et venir, 69, 290, 296,
311, 344, 524, 532-542

Liberté de circulation, 69, 197, 296, 485,
532-533, 539-541

Liberté individuelle, 154, 254, 330, 345,
348-349, 408, 442, 525, 528-529, 536,
538

Liberté personnelle, 165, 171, 483, 525,
527

Livret ouvrier, 36, 290-292, 362, 371

O

Ordre public, 25-29, 43, 46-47, 67-68,
101, 106, 110, 127, 152-156, 162-167,
176-177, 192-193, 227-229, 251, 290,
296, 311, 327, 344, 345-351, 406-407,
439, 450, 461, 468, 485, 495-496,
506-507, 513, 517, 521-524, 537, 540,
545-546, 549

P

Panoptique, 406, 479, 496, 518-521

Passeport, 22, 66, 217, 303-315, 319-
324, 333-338, 346, 400, 456-460, 519

R

Race, 27, 205, 210-215, 295-299, 361-363, 377, 395, 420-424, 434

Reconnaissance faciale, 28-29, 50, 57, 164, 167, 174-175, 219, 309, 313-314, 350, 381, 395-410, 478, 497, 543-544

S

Siamois, 96-99

T

Terrorisme, 55, 66-68, 224, 241-242, 284, 289, 304-306, 321, 372, 389, 402, 406, 416, 431, 445-450, 453, 456-457, 460-461, 467-470, 478-479, 519-522, 538

Traitement de données à caractère personnel, 22, 49, 243, 253, 314, 318, 324, 328, 332, 363, 367, 397-399, 410

Transsexualisme, 100-110, 148, 154-156, 232, 279

V

Vichy, 215, 273, 298-299, 304-306, 311, 423

Vidéoprotection, 58, 175, 195, 381, 401-410, 494, 497, 505, 511, 514-521, 527, 542-547

Vie privée, 23-27, 31, 35, 38, 44, 50-51, 67, 69, 106, 113, 118, 121, 154, 160, 163, 198-199, 202, 207, 219-223, 232, 239-242, 248, 314-317, 323-325, 330-331, 337, 344, 348, 365-366, 380, 384, 387, 399, 404, 407-411, 416, 429, 439-441, 446, 449, 485, 493, 501, 507-508, 524-534, 538, 546, 549

INDEX DES AUTEURS

A

ABOUT, ILSÉN, 168, 349, 374, 378, 394

Agamben, Giorgio, 38, 190, 264, 470

Akorri, Safya, 399

Alcaraz, Hubert, 530

Allain, Emmanuelle, 409

Ambroise-castérot, Coralie, 84

Andreoli, Alice, 34, 420

Andriantsimbazovina, Joel, 164, 232,
542

ARNAUD, ANDRE-JEAN, 272, 278

ARNAUD, MICHEL, 272, 278

Astaix, Anthony, 175

Aubin, Emmanuel, 106

Aubouin, Michel, 346, 352, 374, 375

Austin, J L, 62

Avril, Pierre, 241, 256, 257, 526

B

Bachelard, Gaston, 41, 63

Bachelier, Gilles, 313

Batho, Delphine, 252, 333, 335, 336

Baud, Jean-Pierre, 75, 87, 113

Baudoin, Marcel, 378

Bauer, Alain, 403, 404

Béchillon, Denis, 506

Beck, Ulrich, 368

Becker, Howard Saul, 153

Bégranger, Gérald, 309, 314, 410

Beignier, Bernard, 529

Bellivier, Florence, 34, 433

Benisti, J.-A., 252, 333, 335, 336

Berlière, Jean-Marc, 375

Bernard, Claude, 37

Bernfeld, Claudine, 171

Bertillon, Adolphe, 22, 168, 190, 191,
305, 350, 352, 354, 355, 357, 372,
373, 374, 375, 376, 377, 378, 380,
394, 395, 398

Bertrand-Mirkovic, Aude, 78, 79

Bibal, Frédéric, 171

Bigo, Didier, 465, 491

Bioy, Xavier, 25, 38, 43, 50, 61, 62, 78,
79, 80, 86, 87, 88, 96, 101, 109, 110,
126, 149, 154, 156, 158, 160, 161,
164, 167, 184, 189, 212, 259, 284,
493, 525, 526, 527, 530, 538

Bloch, Jean-Claude, 271

Bloud-Rey, Celine, 330

Bonditti, Philippe, 67

Bonfils, Philippe, 78

Bonnet, Baptiste, 165, 536

Boucher, Julien, 192, 197, 245, 257, 319,
326, 329, 337

Bourgain, Catherine, 34

Braibant, Guy, 23, 197, 200, 425

Breton, David, 162

Brunet, Laurence, 531

Buffelan-Lanore, Yvaine, 100

Bui-Xuan, Olivia, 505

Burdeau, Georges, 263, 534

Byk, Christian, 93, 121, 158

C

Cabal, Christian, 21, 53, 213, 219, 226, 356, 380, 413, 450

Canguilhem, Georges, 180

Carbonnier, Jean, 30, 75, 80, 86, 88, 269, 270, 528

Carcassonne, Guy, 211, 501, 503

Carmille, Robert, 273, 301, 306

Catala, Pierre, 23, 189, 197, 201

Cayla, Olivier, 39, 80, 81, 95, 112, 176, 284, 405, 424, 501, 503

Ceyhan, Ayse, 31, 36, 160, 220, 268, 457, 467

Chaltiel, Florence, 211, 309, 319, 333

Champeil-Desplats, Véronique, 17, 21, 42, 44, 48

Changeux, Jean-Pierre, 158, 180

Chassang, Céline, 165

Chauvaux, Didier, 116, 124

Chenot, Bernard, 16

Chevallier, Jacques, 36, 45

Constant, Benjamin, 525, 535

Coquoz, Raphaël, 182

CORBIN, ALAIN, 223, 360, 377

Cormier, Christine, 170

Corvisier, A, 268

Costa, Jean-Paul, 108

Courtine, Jean-Jacques, 223, 312, 355, 360, 377

Crettiez, Xavier, 31, 305, 306, 347

Cytermann, Laurent, 199, 245, 317

D

Danet, Jean, 34, 130, 226

Daoud, Emmanuel, 113, 399

Daresté, Antoine, 534

Darlu, Pierre, 34

Dastre, A, 33, 345

De Beer, Daniel, 23, 34

Debaets, Emilie, 23, 27, 31, 39, 193

Debet, Anne, 104, 105, 106, 110, 232

Debray, Régis, 453

Decaux, Emmanuel, 107, 154

Deffains, Nathalie, 107, 154

Defoe, Daniel, 265

DEHARO, GAELLE, 417

Dekeuwer-défossez, Françoise, 34

Deleuse, Robert, 354

Deleuze, Gilles, 496, 517, 520

Delvolvé, Pierre, 348

Derrida, Jacques, 78, 264

Descamps, Philippe, 184

Descartes, René, 112, 152

Descombes, Vincent, 153, 158

Dieu, Frédéric, 112, 116, 164, 175, 261, 506

Domino, Xavier, 309
 Dorsner-Dolivet, Annick, 124
 Doucet, Jean-Paul, 94
 Doutremepuich, Christian, 34
 Dreyer, Emmanuel, 173
 Dubey, Gérard, 20, 31, 37, 312, 318,
 459, 472, 519, 520
 Ducry, J. Gabriel, 378
 Duprat, J, 428
 Durkheim, Émile, 362
 Dyevre, Vianney, 34
E
 Edelman, Bernard, 34, 75, 93, 114, 125,
 168, 172, 279, 284
 Eynard, Jessica, 23, 195, 200
F
 Fabre-Magnan, Muriel, 102, 232
 Fallon, Damien, 42, 126
 Fatin-Rouge Stéfanini, Marthe, 165
 Favoreu, Louis, 42, 45, 46
 Fenouillet, Dominique, 282, 284
 Ferret, Stéphane, 95, 149, 155
 Feyerabend, Paul, 60, 64, 413
 Filhol, Emmanuel, 293
 Fleuriot, Caroline, 33
 Foegle, Jean-Philippe, 411
 Føessel, Michaël, 31
 Fongaro, Éric, 488
 Fonseca, David, 165
 Foucault, Michel, 84, 115, 116, 150, 152,
 177, 206, 264, 265, 266, 406, 496, 520
 Freynet, Francois, 404
 Fricéro, Nathalie, 79
 Frumkin, Dan, 185
 Fukuyama, Francis, 453
 Fuligni, Bruno, 191
G
 Galloux, Jean-Christophe, 86, 170, 189
 Galton, Francis, 22, 190, 223, 312, 372,
 378, 382
 Garapon, Antoine, 20, 31, 173, 289, 306
 Garaud, Éric, 121
 Garay, Alain, 121
 Gaudin, Hélène, 164, 540, 542
 Gaumont-Prat, Hélène, 170
 Genevois, Bruno, 525, 535
 Ginocchi, David, 527
 Giquel, Francois, 253, 335, 439
 Girault, Carole, 34, 121, 129, 437
 Giudicelli, André, 34, 414
 Gobert, Michel, 101, 106
 Gobineau, Joseph Arthur, 421
 Goff, Jacques, 261, 271
 Gould, Stephen Jay, 39, 210, 355, 359,
 361, 370
 Grabarczyk, Katarzyna, 507
 Grand, Remi, 19, 50, 203, 261, 271, 301,
 324, 357
 Grasset, Marie-Charlotte, 153, 301

Gros, Dominique, 295, 347

Gros, Frédéric, 295, 347

Gruber, Annie, 23, 194

Guidoni, Rachel, 270

Guild, Elspeth, 465

Guimezanes, Nicole, 535

Guinchart, Serge, 82, 329

Gutmann, Daniel, 152, 156

Guyomar, Mattias, 309, 409

H

Habermas, Jurgen, 62, 501, 502

Halpérin, Jean-louis, 501, 503, 530

Hanicotte, Robert, 164, 177, 500, 527, 534, 542, 543

Hart, 16

Hauriou, Maurice, 44, 156, 506, 532

Hauser, Jean, 107, 154, 232, 259, 488

Haye, Isabelle, 482

Hennette-vauchez, Stéphanie, 116, 117, 125, 266, 351, 501, 503

Hennion-Jacquet, Patricia, 411

Hermitte, Marie-Angèle, 75, 114

Hervé, Christian, 137

Hobbes, Thomas, 347

Hume, David, 278, 279

I

Illy, Manon, 31

J

Jacquard, Albert, 182

Joly, Laurent, 301

Jonas, Hans, 112, 126, 364, 365, 368

Jouanjan, Olivier, 30

K

Kahn, Axel, 180

Kaluszynski, Martine, 168, 346, 352, 394, 400

Karila De Van, Juliana, 114

Keck, Frédéric, 364

Kelsen, Hans, 36, 89

Kessler, David, 124

Kivilcim-forsman, Zeynep, 184

Kleitz, Clémentine, 254, 325

Kuhn, Thomas S., 58, 61, 62, 143, 420

L

Labadie, Jean-Michel, 371

Labayle, Henri, 535, 539

Labbée, Xavier, 78, 90, 94, 167, 181, 185

Labrusse-Riou, Catherine, 75, 86, 102, 279

Laffèrière, Francois-Julien, 303

Lagasnerie, Geoffroy de, 470

Lalande, A, 64, 77, 86, 155, 157

Lamboley, Annie, 94

Laniel, Laurent, 306

Larribau-terneyre, Virginie, 100

Lazorthes, Guy, 78

Le Baut-Ferrarèse, Bernadette, 121

Le Bot, Olivier, 529

Le Gall, Jean-Yves, 291, 292

Leborgne, Anne, 107, 154, 232

Lecerf, Jean-René, 66, 273, 288, 303,
 321, 322, 325
 Lecucq, Olivier, 488
 Legendre, Pierre, 190, 262
 Leibniz, Gottfried Wilhelm, 112
 Léna, Maud, 399, 405
 Leroyer, Anne-Marie, 175
 Lesaffre, Hubert, 318
 Levade, Anne, 165, 501, 502, 503
 Levi, Primo, 261
 Llorca, Aurore, 192
 Locard, Edmond, 33, 53, 224, 356, 380,
 413
 Lochak, Daniele, 215, 298, 299
 Loiseau, Grégoire, 93, 121, 136, 529
 Lombroso, Cesare, 191, 192, 358, 371
M
 Maalouf, Amin, 153
 Marguénaud, Jean-Pierre, 23, 34, 78,
 126, 165, 232, 450, 527, 530
 Maria, Ingrid, 126
 Marienburg-Wachsmann, Aluma, 109,
 110, 279
 Marot, Pierre-yves, 413
 Marzano, Michela, 62, 211
 Mascret, Caroline, 169
 Massip, Jacques, 108, 140, 232
 Mathieu, Bertrand, 43, 45, 93, 120, 184,
 227, 263, 427, 432, 506, 525, 527,
 532, 535
 Mattelart, Armand, 36, 290, 362, 371
 Mauss, Marcel, 265, 266
 Mayer, Danièle, 537
 Maziau, Nicolas, 364
 Memeteau, Gérard, 116, 427
 Meyer, Emmanuel, 253
 Michaud, Jean, 34, 364
 Michel, Jerome, 25, 47, 80, 253, 275,
 280
 Millard, Eric, 501, 503
 Mitsilegas, Valsamis, 460, 470
 Molfessis, Nicolas, 335
 Morange, Jean, 91, 117
 Morel, Charles, 437
 Murat, Pierre, 78
N
 Narayan-Fourment, Hélène, 121
 Neirinck, Claire, 61, 77, 81, 87, 92, 109,
 189
 NOIRIEL, GERARD, 177, 267, 302, 308,
 347
O
 Oberdorff, Henri, 108
 Ochoa, Nicolas, 23, 31, 235
 Onno, Jerome, 291
 Orwell, George, 39, 496
P
 Padova, Yann, 34, 55, 351, 413, 436, 437
 Pascal, Olivier, 55, 351
 Péchillon, Éric, 126
 Pena, Annabelle, 527

Perrier, Jean-Baptiste, 165
 Peyrou-Pistouley, Sylvie, 23, 34, 527
 Philippe, Bonditti, 91, 325
 Piazza, Pierre, 31, 191, 221, 268, 302,
 304, 305, 306, 314, 324, 347, 377
 Picard, Etienne, 26, 43, 44, 294, 537
 Pichot, André, 39, 184, 210, 211, 360,
 423
 Pietrasanta, Sébastien, 511
 Pouillet, Yves, 198
 Pradel, Jean, 78, 93, 499, 507, 509
 Preuss-Laussinotte, Sylvia, 458
 Putman, Emmanuel, 107, 488
R
 Rabinow, Paul, 364
 Raimbault, P, 80
 Raoul-Cormeil, Gilles, 232
 Rassat, Michèle-Laure, 93
 Redor, Marie-Joëlle, 26
 Renucci, Jean-François, 411, 454
 Revet, Thierry, 84, 105
 Reviron, Patrice, 33
 Rials, Stéphane, 78, 81, 82, 90, 164, 261,
 281, 542
 Ricoeur, Paul, 158, 180
 Rivero, Jean, 17, 244, 245, 281
 Roets, Damien, 384, 388, 507
 Rolin, Frédéric, 241, 406, 407
 Roman, Diane, 120, 121, 123, 154, 176,
 234, 242, 279, 514, 518, 525, 529, 532
 Roudier, Karine, 68
 Rouger, Philippe, 232, 413
 Roujou de Boubée, Gabriel, 507
 Rouquie, Sylvie, 350
 Rousseau, Dominique, 45, 347, 501,
 502, 503
 Roussillon, Henry, 525
 Rouvroy, Antoinette, 198
S
 Sanchez, Jean-Lucien, 353
 Sarcelet, Dominique, 104
 Savatier, R, 141, 227, 285
 Schlenk, Alexandra, 55, 351
 Schmitt, Carl, 95
 Schoettl, Jean-Éric, 241
 Schwendener, Marc, 312, 382, 383
 Sebastien, Gilles, 138
 Sen, Amartya Kumar, 153
 Séranvillers, Héliane De Valicourt De,
 34
 Serverin, Evelyne, 78
 Shelley, Mary, 112, 143, 149
 Singh, Simon, 29, 175, 503
 Skloot, Rebecca, 114
 Slama, Serge, 241, 314, 406, 407
 Strawson, P. F., 161
 Sudre, Frédéric, 51, 507, 530
 Sueur, Jean-Pierre, 502, 511
 Surrel, Hélène, 165
 Szymczak, David, 78

T

Taguieff, Pierre André, 279
Taroni, Franco, 182
Tchen, Vincent, 309, 319, 324
Terré, Francois, 33, 75, 282, 284, 430, 488
Teyssier, Arnaud, 346, 352, 374, 375
Thirion, Nicolas, 265
Thouvenin, Dominique, 424, 428
Truchet, Didier, 48
Truong, Nicolas, 261
Tulard, Jean, 346, 352, 374, 375
Türk, Alex, 437, 518, 523
Turpin, Dominique, 212, 488
Tusseau, Guillaume, 37, 41

V

VEDEL, GEORGES, 414, 528

Vergès, Étienne, 34, 226

Verpeaux, Michel, 165, 212, 488

Viala, Alexandre, 44, 81, 153

Vigarelo, Georges, 223, 264, 265, 271, 312, 355, 360, 377

Villey, Michel, 47, 153

Vitalis, André, 36, 290, 362, 371

W

WARREN, S D, 524

Weber, Max, 37, 40

Weil, Simone, 153, 155

Wittgenstein, Ludwig, 158

Z

Zarka, Yves Charles, 180

INDEX DES PRINCIPALES JURISPRUDENCES

Les numéros renvoient aux numéros de page.

A. Jurisprudence judiciaire

- Cour de Cass., Civ. 2e, 21 avr. 1966 JCP 1966. II. 14710. **90, 145, 184**
- Cour de Cass., Civ., 16 décembre 1975, pourvoi n° 73-10.615, **103**
- Cour de Cass., Civ. 1e, 10 déc. 1985, n°84-14328, **90**
- Cour de Cass., Ass. plén., 11 déc. 1992, **105**
- Cour de Cass., Ass. plén., 29 juin 2001, Dalloz. 2001, chron. 2907, **90,91.**
- Cour de Cass., Crim., 3 février 2010, n° 09-83.468, **113**
- Cour de Cass., Civ. 1e, 13 février 2013, n° 12.11-949, **107**
- Cour de Cass., Civ. 1e, 5 mars 2014, n° 12-24.780, **19**
- Cour de Cass., Soc., 8 octobre 2014, n° 13-14.991, **249**

B. Jurisprudence administrative

- CE, 8 aout 1919, *Labonne*, n° 56377, **537**
- CE 13 mai 1927, *Carrier*, n° 94267, **536**
- CE Ass., 17 juin 1932, *Commune de Castelnaudary*, **47**
- CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, **25**
- CE, 17 octobre 1952, *Synd. climatique Briançon*, **536**
- CE, Section, 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, n°50438., **537**
- CE, 18 mai 1983, *M. Rodes*, **535**
- CE, 16 novembre 1990, AJDA 1991. p. 214, **331**

CE, 1^{er} avril 1994, *Commune de Menton*, n° 144241., **526**

CE, 27 octobre 1999, *Solana*, n° 196306, **252**

CE, 28 juillet 2000, n° 211020, **252**

CE, ord. réf., 2 avril 2001, *Marcel*, n° 2001-061985., **536**

CE, 27 juillet 2001, Fonds de défense des musulmans en justice, n° 216903, **175**

CE, 24 oct. 2003, *Mme Benchemackh*, n° 250084, AJDA 2004. 108, **175**

CE, 6 mars 2006, *Association united sikhs*, n° 289947, **175**

CE, 24 mars 2006, *KPMG*, **348**

CE, 15 décembre 2006, *Association united sikhs*, n° 289946, **170**

CE, 2 janvier 2009, *Mamadou A*, n° 323129, **490**

CE, 25 mai 2010, *Steeve A*, n° 332045, **427**

CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n°317827, **22, 24, 224, 250, 257, 309, 314, 315, 319, 324, 326, 329, 333, 337, 338, 482**

CE, 23 décembre 2011, *Adame A*, n° 330513, **488**

CE, 28 mars 2014, SNES, n° 361042, **331**

CE, 11 avril 2014, n° 360759, **313, 401, 409**

CE, 26 mai 2014, n° 354903, **331**

CE, 27 juin 2014, n° 381373, **467**

CE, 27 janvier 2015, n° 387371, **467**

C. Jurisprudence Constitutionnelle

1. Décisions QPC

Cons. Constit., Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C. [Fichier empreintes génétiques]*., **128, 220, 416, 441, 449**

Cons. Constit., Décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres [Prohibition des machines à sous]*., **25**

Cons. Constit., Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Danielle S.[Hospitalisation sans consentement]*., **121, 171,**

Cons. Constit., Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, *M. Louis C. et autres[Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation]*., **431**

Cons. Constit., Décision n° 2011-174 QPC du 06 octobre 2011, *Mme Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent]*., **121**

Cons. Constit., Décision n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement]*., **126**

Cons. Constit., Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *époux L.[Obligation de vaccination]*., **206, 208**

2. Décisions DC

Cons. Constit., Décision n° 60-6 DC du 15 janvier 1960, *Loi organique portant promotion exceptionnelle des Français musulmans d'Algérie dans la magistrature et modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1960.*, **363**

Cons. Constit., Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.*, **208**

- Cons. Constit., Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales., **311**
- Cons. Constit., Décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France., **25**
- Cons. Constit., Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France., **538**
- Cons. Constit., Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité.*, **346**
- Cons. Constit., Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.*, **25, 349, 404, 407**
- Cons. Constit., Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageur., **536**
- Cons. Constit., Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle.*, **525, 528**
- Cons. Constit., Décision n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances rectificative pour 2001.*, **25**
- Cons. Constit., Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure.*, **25, 119, 128, 348, 416, 442, 449**
- Cons. Constit., Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers., **241-242.**
- Cons., Constit., Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et à l'asile.*, **25, 211-212, 316, 363, 486, 488, 489, 490**
- Cons. Constit., Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental., **353**
- Cons. Constit., Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.*, **165, 176, 405.**
- Cons. Constit., Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.*, **404, 407-409**

Cons. Constit., Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité.*, **22, 58, 314-315, 324-325, 328, 399**

Cons. Constit., Décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, *Loi relative à la géolocalisation.*, **494 et s.**

D. Jurisprudence CEDH

CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n° 9532/81., **106**

CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88., **116, 454, 455**

CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n° 10843/84., **106**

CEDH, 26 juin 1992, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, req. n°12747/87., **454**

CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, 23, req. n°15318/89., **454**

CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, req. n° 22414/93., **455**

CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z c. Royaume-Uni*, req. n° 21830/93., **107**

CEDH, 25 mars 1998, *Kopp c. Suisse*, req. n° 13/1997/797/1000., **24, 240**

CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n° 22985/93 et n° 23390/94., **107**

CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94., **121**

CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et n° 33986/96., **387**

CEDH, 16 février 2000, *Amman c. Suisse*, req. n° 27598/97., **24, 25, 240**

CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, req. n° 40035/98., **455**

CEDH, 22 mai 2001, *Baumann c. France*, req. n° 33592/96., **456**

CEDH, 25 septembre 2001, *P.G et J.H c. Royaume Uni*, req. n° 44787/98., **57, 223**

CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97., **116**

CEDH, Grande Chambre, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02., **25, 74, 118, 121**

CEDH, Grande Chambre, 11 juillet 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95., **74, 107, 108, 109, 110, 154, 232, 279**

CEDH, 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, req. n° 44647/98., **221**

CEDH, 20 février 2003, *Djavit An c. Turquie*, req. n° 20652/92., **533**

CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, req. n° 35968/97., **110**

CEDH, Grande Chambre, 9 octobre 2003, *Slivenko c. Lettonie*, req. n° 48321/9., **50**

CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. All.*, req. n° 59320/00., **530**

CEDH, 29 juin 2004, *Leyla Şahin c. Turquie*, req. n° 44774/98., **165**

CEDH, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n° 53924/00., **78**

CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D c. Belgique*, req. n°42758/98 et 45558/99., **126**

CEDH, 19 septembre 2006, *Araç c. Turquie*, req. n° 9907/02., **175**

CEDH, 28 novembre 2006, *Wena et Anita Parry c. Royaume- Uni*, req. n° 42971/05., **106**

CEDH, 17 décembre 2006, *Van der Velden c. Pays-Bas*, req. n° 29514/05., **51, 220**

CEDH, 21 décembre 2006, *Bartik c. Russie*, req. n° 55565/00., **456**

CEDH, 13 novembre 2008, *Mann Singh c. France*, req. n° 24479/07., **175**

CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04., **23, 34, 35, 51, 118, 214, 219, 222, 223, 224, 240, 384, 387, 388, 410, 441, 449, 450, 482**

CEDH, 17 mars 2009, *Ould Dah c. France*, req. n° 13113/03., **454**

CEDH, 30 juin 2009, *Jasvir Singh c. France*, req. n° 25463/08., **503**

CEDH, 17 décembre 2009, *Gardel c. France*, req. n° 16428/05., **350**

CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03., **411**

CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, req. n° 19535/08., **283**

CEDH, 13 décembre 2011, *A. Barreau c. France*, req. n° 24697/09., **449**

CEDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09., **455**

CEDH, 18 avril 2013, *M.K. c. France*, req. n° 19522/09., **240, 384, 389**

CEDH, 18 juin 2013, *Popa c. Roumanie*, req. n° 4233/09., **164**

CEDH, 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n° 43835/11., **163, 165, 405, 501, 504**

CEDH, 24 juillet 2014, *Al Nashiri c. Pologne*, req. n° 28761/11., **455**

E. Jurisprudence CJUE

CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, n° C-188/10 et C-189/10, **345**

CJUE, 21 mars 2013, aff. C 91/12, *Skatteverket contre PFC Clinic AB*, **119, 169**

CJUE, 17 octobre 2013, C-291/12 *Schwarz*, **23, 217**

CJUE, 8 avril 2014, C-293/12 et C-594/12 *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, **24, 242.**

CJUE, 4^{ème} chambre, 16 avril 2015, W. P. Willems (C-446/12) contre Burgemeester van Nuth, H. J. Kooistra (C-447/12) contre Burgemeester van Skarsterlân, **23, 217, 316, 400, 468**

BIBLIOGRAPHIE

I/ Ouvrages

A - OUVRAGE JURIDIQUES GENERAUX : TRAITES, MANUELS, PRECIS ET DICTIONNAIRES

D. Alland & S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*. Presses universitaires de France, 2003.

J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, & S. Rials, *Dictionnaire des droits de l'homme*. Presses Universitaires de France, 2008.

A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. 2^e éd., LGDJ, 1993.

X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*. Montchrestien, coll. Cours, 2014, 661 p.

J. Carbonnier, *Droit Civil*. Tome 1. Presses universitaires de France, coll. Quadrige, 2004.

D. Chagnollaude & G. Drago, *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Dalloz, 2006.

V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*. Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014.

X. Dupré de Boulois, *Droits et libertés fondamentaux*. PUF, coll. Licence Droit, 2010, 302 p.

G. Cornu, *Linguistique juridique*. Montchrestien, 1990.

G. Cornu, *Vocabulaire juridique*. 10^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2014, 1099 p.

L. Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*. 6 éd., Dalloz, coll. Précis, 2012, 720 p.

L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*. 16^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2014, 1093 p.

S. Guinchard, *Lexique des termes juridiques 2014-2015*. Dalloz, 2015.

M. Hauriou, *L'histoire externe du droit*. Paris : Librairie Cotillon, 1884.

M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*. Recueil Sirey, 1930.

M. Hauriou, *Principes de droit public*. Recueil Sirey, 1916.

S. Henneke-Vauchez & D. Roman, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. 2^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2015.

H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (1962). LGDJ, 1999, trad. Ch. Eisenmann.

H. Kelsen, *Théorie générale des normes*. Presses universitaires de France, coll. Léviathan, 1996.

A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Presses universitaires de France, 1976.

G. Lazorthes, *Sciences humaines et sociales : l'homme, la société et la médecine*. Elsevier Masson, 2000.

G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'Homme*. 7^e éd., Armand Colin, 2005, 551 p.

M. Levinet, *Droits et libertés fondamentaux*. PUF, coll. Que sais-je ?, 2010, 126 p.

É. Littré, *Le Littré : dictionnaire de la langue française en un volume*. Hachette, 2000, 1839 p.

X. Magnon, *Théorie(s) du droit*. Ellipses, 2008.

P. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*. Editions Cujas, 1996.

J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*. 6^e éd., Dalloz, coll. Connaissance du Droit, p. 90.

B. Mathieu & M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. Manuel, 2002, 808 p.

J. Morange, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*. PUF, coll. Droit fondamental, 2007, 277 p.

H. Oberdorff, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*. 5^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015, 576 p.

F. Zenati-Castaing & T. Revet, *Manuel de droit des personnes*. PUF, coll. Droit fondamental, 2006.

J. Rivero & H. Moutouh, *Libertés publiques*. Tome II. 7^e éd., PUF, coll. Thémis Droit public, 2003, 269 p.

J. Robert & J. Duffar, *Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*. 8^e éd., Montchrestien, coll. Domat Droit public, 2009, 905 p.

F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*. PUF, coll. Droit fondamental, 11^e éd., 2012, 944 p.

F. Terré & D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. Personnalité – Incapacité – Protection*. Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2012, 934 p.

N. Thirion, *Théories du droit : Droit, pouvoir, savoir*. Éditions Larcier, 2011.

M. Troper, *La philosophie du droit*. 3^e éd., PUF, coll. Que sais-je ?, 2011, 126 p.

D. Truchet, *Le droit public*. PUF, coll. Que sais-je ?, 2010.

A. Viala, *Philosophie du droit*. Ellipses Marketing, 2010.

M. Villey, *Le Droit et les droits de l'homme*. Presses Universitaires de France, 2008.

M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*. Presses Universitaires de France, 2013.

P. Wachsmann, *Libertés publiques*. Dalloz, coll. Cours, 2009, 730 p.

B- OUVRAGES SPECIALISES ET MONOGRAPHIES

M. Aubouin, A. Teyssier & J. Tulard, *Histoire et dictionnaire de la police du Moyen-âge à nos jours*. Robert Laffont, coll. Bouquins, 2005.

G. Agamben, *Homo Sacer: Le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil. 1997.

G. Agamben, *État d'exception*. Seuil, 2003.

A. Andréoli, *L'histoire controversée du test ADN : entre crimes, mystères et batailles légales*. Belin, 2010.

B. Andrieu, *Le corps dispersé : Une histoire du corps au XX^e siècle*. Editions L'Harmattan, p. 450.

J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*. Éditions du Seuil, 1991.

- G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance*. Vrin, 1993.
- E. Badinter, J.-L. Amselle, & J.-P. Dozon, *Le retour de la race : contre les « statistiques ethniques »*. Ed. de L'Aube, 2009.
- J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée : une histoire juridique du corps*. Éditions du Seuil, 1993.
- A. Bauer & F. Freynet, *Vidéosurveillance et vidéoprotection*. PUF, coll. Que sais-je ?, 2008.
- U. Beck, *La société du risque : Sur la voie d'une autre modernité*. Flammarion, 2008.
- H. S. Becker, *Outsiders : études de sociologie de la déviance*. Editions Métailié, 1985.
- H. Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience*. Disponible en ligne, 1888.
- C. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*. Baillière, 1865.
- A. BERTILLON, *Identification anthropométrique : instructions signalétiques*. Impr. administrative, 1893.
- X. BIOY, *L'identité du droit public*. Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ, 2011.
- X. BIOY (dir.), *La personnalité juridique*. Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ, 2011.
- .C. Bourgain & P. Darlu, *ADN superstar ou superflic ? : Les citoyens face à une molécule envahissante*. Seuil, 2013.
- G. Burdeau, *L'Etat*. Seuil, 2009.
- J. Butler, *Precarious Life : The Powers of Mourning & Violence*. Verso, 2006.
- A. Chalmers, *Qu'est-ce que la science ?*, Paris, La Découverte, 1987.
- G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*. Presses universitaires de France, 1972.
- R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*. Tome premier. Rééd. Ed. du CNRS.

- A. Ceyhan, A. Mattelart, P. Piazza, S. Preuss-Laussinotte, & C. Wasinski, *Identifier et surveiller : les technologies de sécurité*. Harmattan, 2007.
- J.-P. Changeux, *L'homme neuronal*. Hachette Littératures, 1998.
- J.-P. Changeux & P. RICOEUR, *Ce qui nous fait penser: la nature et la règle*. Odile Jacob, 1998.
- R. Coquoz & F. Taroni, *Preuve par l'ADN : la génétique au service de la justice*. Vol. 4, PPUR Presses polytechniques, 2006.
- A. Corbin, J.-J. Courtine, & G. Vigarello, *Histoire du corps : Les mutations du regard*. Seuil, 2005.
- X. Crettiez & P. Piazza, *Du papier à la biométrie : identifier les individus*. Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2006.
- R. Dawkins, *Le gène égoïste*. Odile Jacob, 2003.
- R. Debray, *Eloge des frontières*. Editions Gallimard.
- V. Denis, *Une histoire de l'identité : France, 1715-1815*, Ed. Champ Vallon, coll. Epoques, 2008, 480 p.
- G. Deleuze, *Pourparlers*. Les éditions de Minuit. 1990.
- G. Deleuze, *FOUCAULT*. Les éditions de Minuit, 2004.
- M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Seuil, 2011.
- J. Derrida, *Séminaire, La bête et le souverain*. Galilée, 2008.
- V. Descombes, *Les embarras de l'identité*. Gallimard, 2013.
- F. Dolto, *L'image inconsciente du corps*. Seuil, 1992.
- C. Doutremepuich, *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*. La documentation française, 2006.
- C. Doutremepuich, *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*. La documentation française, 1998.
- J. G. Ducry, *Manuel-vocabulaire du "Portrait parle" (méthode ALPHONSE BERTILLON) et notions générales sur les procédés d'indentification judiciaire*. Mouillot, 1909.

B. Edelman, M.-A. Hermitte, & C. Labrusse-Riou, *L'Homme, la nature et le droit*. C. Bourgois, 1988.

J. Ellul, *Le système technicien* (1977). rééd. Le Cherche Midi, p. 116.

S. Ferret, *Le Bateau de THESEE : le problème de l'identité à travers le temps*. Les éditions de Minuit, 1996.

S. Ferret, *Le philosophe et son scalpel : le problème de l'identité personnelle*. Les éditions de Minuit, 1993.

S. Ferret, *L'identité*. Flammarion, 2011.

P. Feyerabend, *Contre la méthode : esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*. Seuil, 1988.

L. Focsaneanu, *La protection des données à caractère personnel contre l'utilisation abusive de l'informatique*. Éditions techniques, 1982.

M. Foucault, *Histoire de la sexualité : Le souci de soi*. Gallimard, 1984.

M. Foucault, *L'ordre du discours*. Gallimard, 1971.

M. Foucault, *Les anormaux : cours au Collège de France (1974-1975)*. Seuil, 1999.

M. Foucault, *les mots et les choses*. Gallimard, 1966.

M. Foucault, *Naissance de la biopolitique : cours au collège de France (1978-1979)*. Gallimard, 2004.

M. Foucault, *Sécurité, territoire, population : cours au Collège de France, 1977-1978*. Gallimard, 2004.

M. Foucault, *Surveiller et punir*. Gallimard, 1975.

B. Fuligni, *Dans les archives secrètes de la police*. Folio, 2011.

J. le Goff & N. Truong, *Une Histoire du corps au Moyen-Age*. Liana Levi, 2009.

S. J. Gould, *La Mal-Mesure de l'homme*. Odile Jacob, 2009.

F. Gros, *FOUCAULT : le courage de la vérité*. Presses universitaires de France, 2002.

F. Gros, *Le principe sécurité*. Gallimard, 2012.

- S. Hennette-Vaucheze, *Le droit de la bioéthique*, La découverte, coll. Repères, n° 541, 2011, 125 p.
- J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel : Rationalité de l'agir et rationalisation de la société*. Fayard, 1987.
- J. Habermas, *Morale et communication*. Flammarion, coll. Champs, 1986.
- J. Habermas, *Logique des sciences sociales et autres essais*. Presses universitaires de France, 2005.
- J. Habermas, *Droit et Démocratie*. Gallimard, coll. NRF essais, 1997.
- J. Habermas, *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*. Payot, 1997.
- C. Hervé & P. A. Molinari, *L'humain, l'humanité et le progrès scientifique*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, n° 14, 2014.
- A. Jacquard, *Moi et les autres : Initiation à la génétique*. Éditions du Seuil, 1983.
- H. Jonas, *Le principe responsabilité : Une éthique pour la civilisation technologique*. Flammarion, 2013.
- T. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*. Flammarion, 2008.
- G. de Lagasnerie, *L'art de la révolte : Snowden, Assange, Manning*. Fayard, 2015.
- B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*. La Découverte, 2002.
- J.-J. Lavenue & B. Villalba, *Vidéosurveillance et détection automatique des comportements anormaux : enjeux techniques et politiques*. Presses Univ. Septentrion, 2011.
- D. Le Breton, *Signes d'identité : tatouages, piercings et autres marques corporelles*. Editions Métailié, 2002.
- P. Legendre, *L'ineestimable objet de la transmission*. Fayard, 2004.
- E. Locard, *La Preuve judiciaire par les empreintes digitales*. Rey, 1914.
- C. Lombroso, *L'homme-criminel criminel-né - fou moral - épileptique étude anthropologique et médico-légale*. Félix Alca, 1887.

- A. Maalouf, *Le dérèglement du monde : quand nos civilisations s'épuisent*. Grasset, 2009.
- A. Maalouf, *Les identités meurtrières*. Grasset & Fasquelle, 2001.
- M. Marzano, *La philosophie du corps*, PUF, coll. Que sais-je ?, n° 3777, 2009.
- M. Marzano, *Dictionnaire du Corps*, PUF, 2007.
- B. Mathieu, *Génome humain et droits fondamentaux*. PUAM-Economica, 2000.
- B. Mathieu, *La bioéthique*, Dalloz, coll. Connaissance du Droit, 2009, 132 p.
- A. Mattelard, *La globalisation de la surveillance : Aux origines de l'ordre sécuritaire*, La découverte, coll. Essai, n° 290, 2008, 266 p.
- A. Mattelart & A. Vitalis, *Le profilage des populations : Du livret ouvrier au cybercontrôle*. La découverte, 2014.
- J. O. de La Mettrie, *L'Homme machine*. Luzac, 1748.
- G. Noiriel & I. About, *L'identification : genèse d'un travail d'état*. Belin, 2007.
- A. Pichot, *La société pure : de Darwin à Hitler*. Flammarion, 2000.
- P. Piazza, *Histoire nationale de la carte d'identité*. Odile Jacob, 2004, 462 p.
- A. Quételet, *du système social et des lois qui le régissent*, Guillaumin, Paris 1870. Disponible en ligne.
- N. Quinche, *Crime, science et identité : anthologie des textes fondateurs de la criminalistique européenne, 1860-1930*. Slatkine, 2006.
- M.-J. Redor et. al., *L'ordre public : ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux. Actes du Colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000*. Bruylant, 2001.
- R. A. Reiss, *Manuel du portrait parlé à l'usage de la police : méthode ALPHONSE BERTILLON*. Th. Sack, 1905.
- J.-P. Changeux & P. RICOEUR, *Ce qui nous fait penser : la nature et la règle*. Odile Jacob, 1998.
- P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*. Seuil, 1990.
- J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*. PUF, 2011.

H. Roussillon & X. BIOY, *La liberté personnelle. Une autre conception de la liberté ?*. Institut fédératif de recherche, 2006.

C. Schmitt, *Théologie politique*: 1922, 1969. Gallimard, 1988.

E. Schrödinger, *Qu'est-ce que la vie ? : de la physique à la biologie*. Seuil, 1993.

A. K. Sen, *Identité et violence : l'illusion du destin*. Odile Jacob, 2007.

S. Singh, *Histoire des codes secrets : De l'Égypte des Pharaons à l'ordinateur quantique*. Vol. 3, JC Lattès, 1999.

R. Skloot, *La vie immortelle d'Henrietta Lacks*. Calmann-Lévy, 2011.

L. Strauss, *Droit Naturel et Histoire*, Flammarion, coll. Champs, 1986.

P. F. Strawson, *Les Individus : essai de métaphysique descriptive*. Seuil, 1959.

G. Vigarello, *Les métamorphoses du gras : Histoire de l'obésité du Moyen Age au XXe siècle*. Seuil, 2010.

G. Vigarello, *Histoire du corps : De la Renaissance aux Lumières*. Seuil, 2005.

G. Vigarello, *Le corps redressé : Histoire d'un pouvoir pédagogique*. Armand Colin, 2004.

N. Taleb, *Le cygne noir : la puissance de l'imprévisible*, Les Belles Lettres, 2010, 496 p.

A. Türk, *Vie privée en péril (La)*. Odile Jacob, 2011.

M. Weber, *Le savant et le politique*. La découverte, 1922, rééd. 2003.

C - THESES

J. Alix, *Terrorisme et droit pénal*. Dalloz-Sirey, 2010.

P. Amssek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. LGDJ, 1964.

X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherches sur le sujet des droits fondamentaux*. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, t. 22, 2003, 913 p.

M.-X. Catto, *Le principe d'indisponibilité du corps humain : limite de l'usage économique du corps*, Thèse soutenue le 1 décembre 2014, Paris X.

A. Corvisier, *Le contrôle des troupes de l'ancien régime*, Etat-Major. 1968. Disponible en ligne.

E., Debaets, *le droit a la protection des données personnelles : Recherche sur un droit fondamental*. Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, présentée le 12 décembre 2014. p. 825

J. Eynard, *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime de protection efficace ?*, Michalon, 2013, 435 p.

D. Fallon, *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*. Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014.

M.-A. Granger, *Constitution et sécurité intérieure. Essai de modélisation juridique*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 138, 2011, 493 p.

D. Gutmann, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*. LGDJ, 2000.

S. Hennette-Vauchez, *Disposer de soi : une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*. L'Harmattan, 2004.

V. Jankélévich, *Bergson*, PUF, quadrige, 2008.

X. Labbé, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Thèse Lille 1990, 447 p.

P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, 734 p.

E. Picard, *La notion de police administrative, Volume 1*. Publication Univ Rouen Havre, 1984.

S. Preuss-Laussinotte, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 209, 2000, 426 p.

K. Roudier, *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste : étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*. LGDJ, 2012.

N. Ochoa, *Le droit des données personnelles, une police administrative spéciale*, Paris 1, 754 p.

II. ARTICLES DE DOCTRINE, CONTRIBUTIONS, NOTES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS

A. ARTICLES ET ETUDES

I. About, « Les fondations d'un système national d'identification policière en France (1893-1914). Anthropométrie, signalements et fichiers », *genèse*, vol. 54, 2004, pp. 28–52.

G. Agamben, « Non à la biométrie », *Le monde*. 7 décembre 2005.

S. Akorri & E. Daoud, « Fichiers d'antécédents judiciaires et atteinte à la vie privée : De l'inconstitutionnalité des fichiers STIC et JUDEX ? », *AJ Pénal*, 2014, p. 174.

N. Albert, « « Il est interdit d'interner...sans contrôle judiciaire »-À propos de la décision du Conseil constitutionnel, n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 », *JCP A (Administrations Collect. Territ.)*, vol. 49, 2010, pp. 7 – 9.

H. Alcaraz,

« Droit au respect de la vie privée », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, vol. 37. pp. 181 – 186.

- « Droit au respect de la vie privée et droit au respect de l'intimité: plaidoyer pour un aggiornamento », *Montesquieu Law Review (2015)*, n° 2, disponible sur le site : <http://www.montesquieulawreview.eu/review.htm>

L. Alexandre, « Les vrais jumeaux n'existent pas », *Le monde*, 13 décembre 2012.

E. Allain, Le contrôle in abstracto du juge administratif, *Actualité Juridique Droit Pénal (AJDP)*, vol. 4. pp. 145 – 145, 2014.

C. Ambroise-castérot, « La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 2008, p. 66.

D. Ammar, « Preuve et vraisemblance Contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD Civ*, 1993, p. 499.

J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA*, n°14, 2002, p. 124.

J. Andriantsimbazovina, « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », *Les Nouv. Cah. du Cons.*, 2011.

D. Arcadio, « préjudice esthétique : une photographie vaut mille mots », *Gaz. du Palais*, vol. 173, 2013, p. 9.

P. Arhel, CNIL : une activité "extrêmement intense" en 2014, *Les Petites Affiches*, vol. 78. pp. 3 – 4, 2015.

G. Armand, « Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ? », *Rev. française droit Const.*, vol. 65, n°1, 2006, p. 37.

A. Astaix, « Dissimulation du visage dans l'espace public : une circulaire et des précisions », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 10, 2011, pp. 678 – 678.

A.-C. Aune, Peut-on légaliser l'euthanasie ?, *La Gazette du Palais*, vol. 354. pp. 7 – 16, 2004.

V. Avena-Robardet, « Tests ADN : cafouillage », *AJ Fam.*, 2009, p. 363.

P. Avril, « Le triomphe de "l'entonnoir" », *Les Petites Affiches*, vol. 33, 2006, pp. 6 – 9.

M. Audit, N. Cayrol, R. Colson, H. Corti, V. Champeil-Desplats, « Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte », *Rec. Dalloz Sirey*, 2010, p. 1506.

L. Azoux-Bacrie, « Conclusion : les nouveaux droits fondamentaux », *Gaz. du Palais*, vol. 77, 2006, p. 49.

E. Baccino « Identification des cadavres Intérêt de l'utilisation combinée de méthodes anthropologiques et odontologiques » *Bull. Acad. Natle Chir. Dent.*, 2002, 45-4.
Disponible en ligne :
http://www.academiedentaire.fr/attachments/0000/0029/45_4_Baccino.pdf

Bahr, « Comment appliquer la loi informatique et libertés s à la recherche médicale? Décryptage des chapitres IX et X », *Rev. générale droit médical*, vol. 45, 2012, pp. 47 – 70.

E. Barbry & M.-C. Grasset, « La biométrie dans les entreprises est permise sous réserve de certaines précautions », *Gaz. du Palais*, vol. 293, n°6, 2005, p. 14.

E. Barbry, « Lancement de la fabrication des passeports biométriques français après la confirmation du monopole de l'Imprimerie nationale », *Gaz. du Palais*, vol. 201, 2006, p. 29.

E. Barbry, « La biométrie dans l'entreprise : quand l'innovation se heurte à la culture de l'interdit », *Gaz. du Palais*, 2005, p. 7.

J. Baudrillard, « L'esprit du terrorisme », *Le monde*, 06 mars 2007.

O. Beaud, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. », *Juspoliticum*, n° 5 *Mutation ou crépuscule des libertés publiques ?*, Actes du colloque organisé, le 14 mai 2010, par l'Institut Michel Villey, disponible en ligne.

G. Beaussonie, « loi relative à la bioéthique », *Rev. Sci. criminelle*, 2012, p. 887.

B. Beignier, Notes sous CA Paris, 2 juillet et 6 mai 1997 : à propos de la vie privée posthume, *Recueil Dalloz*. Dalloz, 23-Jan-1997.

F. Bellivier, « Infractions sexuelles et empreintes génétiques », *RTD Civ*, 2000, p. 648.

F. Bellivier, L. Brunet, M.-A. Hermitte, C. Labrusse-Riou, & C. Noiville, « Les limitations légales de la recherche génétique et de la commercialisation de ses résultats : le droit français », *Rev. Int. droit comparé*, vol. 58, n°2, 2006, pp. 275–318.

F. Benoît-Rohmer, « Protection des données personnelles ; Note sous Cour de justice de l'Union européenne, 16 octobre 2012, affaire C-614/10 », *Rev. Trimest. Droit Eur.*, vol. 3, 2013, pp. 671 – 671.

A. Benssoussan,

- « Vie privée – vie personnelle », *Gaz. du Palais*, vol. 22, n°1, 2011, p. 3.

- « De la vidéosurveillance aux technoprotectons », *Gaz. du Palais*, vol. 114, n°1, 2010, p. 3.

A. Benssoussan & V. Benssoussan-Brulé, « La radio-identification ou RFID : un nouvel outil au service de la traçabilité des objets et des personnes », *Gaz. du Palais*, vol. 24, 2009, p. 18.

J.-M. Berlière, « L'affaire Scheffer : une victoire de la science contre le crime ? (octobre 1902) », *Criminocorpus*, 01-Jan-2007.

C. Bégorre-Bret, « Bioéthique et post-humanité . F. Fukuyama : La fin de l'homme . Les conséquences de la révolution biotechnique / J. Habermas : L'Avenir de la », *Les études*

Philos., vol. 69, 2004, p. 253.

C. Bernfeld & F. Bibal, « Pretium Pulchritudinis : de la disgrâce du dommage à l'inesthétique du préjudice », *Gaz. du Palais*, vol. 173, 2013, pp. 5–11.

A. Bertrand-Mirkovic, « L'enfant à naître est-il une personne protégée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ? », *Rev. générale droit médical*, vol. 14, 2004, pp. 197 – 223.

D. Bigo,

- « Les relations entre acteurs, les tendances technologiques et les droits des individus », *Cult. Conflits*, vol. 49, n° printemps 2003, 2010, pp. 1–8.

- « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de "police" à distance », *Cult. Conflits*, vol. 49, 2003, pp. 22–37.

J. Binet,

- « Fasc . 22 : respect et protection du corps humain . - Éléments et produits du corps humain . - Organes , tissus , cellules , produits », *Jurisclasseur*, 2006, pp. 1–52.

- « Fasc . 24 : respect et protection du corps humain . - Éléments et produits du corps humain . - Produits de thérapies génique et cellulaire . - Sang humain Points-clés », *Jurisclasseur*, 2006, pp. 1–142.

- « Fasc . 5 : respect et protection du corps humain . - Présentation de la loi relative à la bioéthique (Loi n ° 2004-800 du 6 août 2004) », *Jurisclasseur*, 2005, pp. 1–43.

- « Fasc. 10 : protection de la personne . - Principes », *Jurisclasseur*, 2008, pp. 1–69.

- « Fasc. 12 : protection de la personne . - Le corps humain », *Jurisclasseur*, 2009, pp. 1–61.

X. Bioy,

- « La personne humaine dans l'œuvre de Maurice Hauriou », *Mélanges en l'honneur de J.-A. Mazères*, Lexis-Nexis, 2009.

- « La judiciarisation accrue de l'hospitalisation sous contrainte », *Actual. Jurid. Droit Adm.*, vol. 3, 2011, pp. 174 – 178.

- « Approches constitutionnelles du droit à la vie », in *Le droit au respect de la vie au sens de la CEDH*, Bruylant, 2010, p. 93.

- « Le statut des restes humains archéologiques Commentaire de la loi du 18 mai 2010 visant à autoriser la restitution par la France des têtes maories à la Nouvelle-Zélande et relative à la gestion des collections (1) », *RDP*, 2010, p. 89.

- « Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique », *Constitution*, 2012, p. 565.

- « Vers une politique publiques des “biobanques” », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 2010, p. 885.

- « L’arrêt Vo contre France, une lecture publiciste (Cour Européenne des Droits de l’Homme, 8 juillet 2004) », *Rev. du droit public la Sci. Polit. en Fr. à l’Étranger*, vol. 5, n°7, 2005, p. 1417.

- « L’identité de la personne devant le Conseil constitutionnel », *Rev. française droit Const.*, vol. 65, n°1, 2006, p. 73.

- « Notions et concepts en droit : interrogations sur l’intérêt d’une distinction... », in *Les notions juridiques*, sous la direction de Guillaume Tusseau, Economica, 2010, p.21

B. Birmelé, « Le dossier informatisé : entre partage des données pour une prise en charge optimale du patient et risque de rupture de la confidentialité », *Médecine et Droit*, vol. 121, 2013, pp. 135 – 141.

J. Bloch, « Fasc . 30 : actes de l’ état civil . - Dispositions générales . - Registres de l’état civil », *Jurisclasseur*, 2008, pp. 1–23.

C. Bloud-Rey, « Quelle place pour l’action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ? Analyse et perspectives », *Rec. Dalloz*, 2013, p. 2795.

V. Boccara, « Découvrir le mouvement derrière la permanence, » *Les Petites Affiches*, vol. 35. pp. 3 – 8, 2013.

M. Bombled, « Vérification d’identité : prise de photographie et d’empreintes digitales », *Dalloz Actual.*, p. 2014.

P. Bonditti, « Biométrie et maîtrise des flux : vers une « géo-technopolis du vivant-en-mobilité » ? », *Cult. conflits*, n°58, 01-Jun-2005, pp. 131–154.

P. Bonfils, « Note sous Cour européenne des Droits de l’Homme (CEDH), 8 juillet 2004, Vo contre France, affaire 53924/00 », *Droit Patrim.*, vol. 132, 2004, pp. 80 – 81.

T. Boni, « La dignité de la personne humaine :. De l’intégrité du corps et de la lutte pour la reconnaissance », *Diogène*, vol. 215, 2006, p. 65.

J.-C. Bonichot, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de justice et le mandat d'arrêt européen — », *Dalloz*, 2013, p. 1805.

B. Bonnet, « La Cour EDH et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public », *JCP G Sem. Jurid. (édition générale)*, vol. 29, 2014, pp. 1425 – 1428.

V. Bonnet, « Expertises post mortem : la vérité ensevelie », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 30, 2008, pp. 2121 – 2124.

M. Borgetto, « La bioéthique en question », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 2012, p. 785.

B. Bossu, Licenciement pour motif personnel-Illicéité de la preuve en l'absence de déclaration à la CNIL, *JCP S (édition sociale) anciennement revue Travail et protection sociale*, vol. 7. pp. 27 – 28, 2015.

D. Bottegui & A. Lallet, « Les vicissitudes du “fichage” », *AJDA*, 2010, p. 1930.

G. Boëtsch & D. Chevé, Du corps en mesure au corps dé-mesuré : une écriture anthropobiologique du corps ?, *Corps*, vol. n° 1, n°1. Dilecta, pp. 23–30, 31-May-2006.

P. Boucher, « Safari ou la chasse aux Français », 21 mars 1974, *Le monde*.

J.-M. Bruguière, « la dignité schizophrène ? », *Rec. Dalloz*, 2005, p. 1169.

R. Brubaker, « Au-delà de l'identité », *Actes Rech. Sci. Soc.*, vol. 2001/3–1, 2001.

F. Bellivier, L. Brunet, M.-A. Hermitte, C. Labrusse-Riou, & C. Noiville, « Les limitations légales de la recherche génétique et de la commercialisation de ses résultats : le droit français », *Rev. Int. droit comparé*, vol. 58, n°2, 2006, pp. 275–318.

O. Bui-Xuan, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *RFDA*, n°17, 2011, p. 551.

Y. Buffelan-lanore, « Fasc. 10 : actes de l'état civil . - Dispositions générales . - Généralités », 2010, pp. 1–19.

J. Buisson, « La garde à vue dans la loi du 15 juin 2000 », *Rev. Sci. criminelle*, 2001, p. 25.

G. Busseuil, « Arrêt Google: du droit à l'oubli de la neutralité du moteur de recherche », *JCP E Semaine Juridique (édition entreprise)*, vol. 24. pp. 51 – 54, 2014.

C. Byk,

- « Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 13. pp. 19 – 24, 2003.
 - « L'irrésistible ascension des comités d'éthique (en France) », *Médecine et Droit*, vol. 118, 2013, pp. 9 – 11.
 - « La loi relative au respect du corps humain », *JCP G Sem. Jurid. (édition générale)*, vol. 39, 1994, pp. 405 – 414.
 - « Médecine et société : vers de nouvelles frontières du corps ? le mariage imparfait du corps et du droit », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, vol. 1. pp. 189 – 204, 2012.
 - « Les neurosciences : une contribution à l'identité individuelle ou au contrôle social ? », *RDSS*, n°4, 2012, p. 800.
 - « médecine et société : vers de nouvelles frontières du corps », *Rev. la Rech. Jurid.*, vol. 1, 2012.
 - « Fasc. 20 : fichier national automatisé des empreintes génétiques », *Jurisclasseur*.
- D. Béchillon, « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA*, 2010, p. 467.
- G. Bégranger, « Le contrôle des fichiers de police par les juges », *AJ Pénal*, 2014, p. 176.
- M. Bénéjat, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ Pénal*, 2012, p. 392.
- P. Caille, « L'Etat d'urgence La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *RDP*, vol. 2, 2007, p. 323.
- P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *Dalloz*, 1984, p. 103.
- M. Canedo-Paris, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif Français d'un concept controversé », *RFDA*, n°10, 2008, p. 979.
- M. Canedo, « Le Conseil d'Etat gardien de la moralité publique ? Note sous Conseil d'Etat, Assemblée, 30 juin 2000, Association « Choisir la Vie » et autres et Conseil d'Etat, Section, 30 juin 2000, Association « Promouvoir », M. et Mme MazaudierDalloz-Document- », *RFDA*, 2000, p. 1282.
- N. Molfessis & G. Carcassonne, « La Cour de cassation à l'assaut de la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*.

A. Levade, G. Carcassonne, J. Halpérin, S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. Millard, & D. Rousseau, « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1166.

O. Cayla,

- « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1166.

- « Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Cah. du Cons. Const.*, vol. 7, 1999.

- « L'angelisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas », *RDP*, vol. 6, 2007, p. 1541.

- *La notion de signification en droit : contribution à une théorie du droit naturel de la communication*. 1992.

- « Dignité humaine le plus flous des concepts », *Le monde*, p. 14.

- « Bioéthique ou Biodroit ? », *Droits*, vol. 13, 1991, p. 3.

- « Chronique de linguistique juridique: la pragmatique dans les revues de linguistiques », *Droits*, vol. 5, 1987, p. 137.

- « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, vol. 18, 1994, p. 3.

M. Cassier & J.-P. Gaudillière, « Recherche, médecine et marché : la génétique du cancer du sein », *Sci. Soc. Sante*, vol. 18, n°4, 2000, pp. 29–51.

T. Cassuto, « Usurpation d'identité numérique », *AJ Pénal*, 2010, p. 220.

P. Catala, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *Dalloz*, 1984, p. 97.

A. Ceyhan,

- « Enjeux d'identification et de surveillance à l'heure de la biométrie », *Cult. Conflits*, vol. 64, n°4, 2006, pp. 33–47.

- « Les technologies européennes de contrôle de l'immigration », *Réseaux*, vol. 159, n°1, 01-Feb-2010, p. 131.

- « Lutte contre le terrorisme : la technologie n'est pas neutre », *Rev. dalloz/IRIS*, vol. n°74, 2009.

- « Technologie et sécurité : une gouvernance libérale dans un contexte d'incertitudes », *Cult. conflits*, n°64, 20-Dec-2006, pp. 11–32.

C. Chabault, « Notion de personne et mort, ou le statut juridique du cadavre », *Les Petites Affiches*, vol. 54, 1996, p. 4.

F. Chaltiel,

- « Le passeport devant le Conseil d'état », *Les Petites Affiches*, vol. 248, n°9, 2011, p. 10.

- « Les tests ADN et les statistiques ethniques devant le Conseil Constitutionnel », *Les Petites Affiches*, vol. 236, 2007, p. 4.

V. Champeil-Desplats, M. Audit, N. Cayrol, R. Colson, H. Corti, « Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte », *Rec. Dalloz Sirey*, 2010, p. 1506.

V. Champeil-Desplats,

- « les droits fondamentaux en France. Genèse d'une qualification » , *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, coll. Thème et commentaire, 2005 p. 31.

- « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 42, 1995, pp. 323 – 329.

- « Fasc. 540 : dignité de la personne », *Jurisclasseur*, 2007, pp. 1–39

C. Chassang, « La CEDH et la loi du 11 octobre 2010 : une validation en demi-teinte de la loi prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 30, 2014, pp. 1701 – 1707.

D. Chauvaux & T.-X. Girardot, « Régime de la déclaration préalable des traitements informatisés d'informations nominatives », *AJDA*, 1997, p. 156.

D. Chauvaux, « Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 26 octobre 2001, Mme Catherine Senanayake », *RFDA*, n°1, 2002, p. 146.

J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », vol. 50, n°1, 01-Mar-2002, pp. 103–120.

M., Collet, « La réforme de la CNIL ou les ruses de l'État « post-moderne » », *in Annales de la régulation*, Volume 1 (2006), *LGDJ*, pp. 128-129.

P. Collière, « Circonstances exceptionnelles et droit public », *Les Petites Affiches*, vol. 234, 2005, p. 6.

D. Commaret, « Les métamorphoses de la preuve », *Rev. pénitentiaire droit pénal*, vol. 4, 2003, pp. 735 – 744.

P. Cassia, « Le chien dans l'espace public municipal », *Les Petites Affiches*, vol. 160, 2003, p. 3.

B. Constant, « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes(1819) », <http://irevues.inist.fr/cahierspsychologiepolitique>.

P. Blacher, « Le conseil constitutionnel en fait il trop ? », *Pouvoirs*, 2003, pp. 17–28.

C. Cormier, « La chirurgie esthétique », *RDSS*, 2002, p. 724.

I. Corpart,

- « Quelle place pour l'expertise judiciaire dans les demandes de changement de sexe pour transsexualisme ? », *Rev. Jurid. Pers. Fam.*, vol. 7, 2012, pp. 14 – 17.

- « Délit d'homicide involontaire pour blessures périnatales mortelles », *Médecine & Droit*, vol. 2004, n°66–67, May-2004, pp. 67–70.

D. Corrigan-Carsin, Une déclaration tardive à la CNIL rend illicites les éléments de preuve recueillis antérieurement, *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 44, pp. 1977 – 1977, 2014.

J. Costa, « La perception par le Conseil d'Etat du concept de race », *Mots*, n°33, 1992, pp. 339–342.

H. Oberdorff & J.-P. Costa, « Entretien avec Jean Paul Costa », *Rev. du droit public la Sci. Polit. en Fr. à l'Étranger*, 20 décembre 0301 n° 2, P. 267, vol. 2, p. 267.

L. Costes, « La protection des données personnelles dans l'univers numérique », *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*, 2015, vol. 115, pp. 3 – 4.

C. Cutajar, « La loi pour la sécurité intérieure (principales dispositions) », *Dalloz*, 2003, p. 1106.

L. Cytermann, « La loi informatique et libertés est-elle dépassée ? », *RFDA*, vol. Juillet-ao, 2013, p. 100.

J.-F. Daguzan, « Terrorisme et alliances de sécurité », *Rev. Int. Strat.*, vol. 72, n°4, 11-Feb-2008, p. 109.

J. Dallest, « Joseph Vacher, éventreur de bergers au XIXe siècle », *Rev. Sci. criminelle*, 2009, p. 565.

E., Debaets, « L'identité de la personne à l'épreuve de l'identification biométrique », in G. Aidan et E. Debaets, *L'identité juridique de la personne humaine*, L'Harmattan, 2013, pp. 197-226.

S. Detraz, « Refus de se soumettre au prélèvement de ses empreintes génétiques Stéphane », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 2981.

J. Danet,

- « Le FNAEG au Conseil constitutionnel : deux réserves, une confortation générale », *AJ Pénal*, 2010, p. 545.

,- « Poussée de fièvre scientifique à la chambre criminelle, le recours au “ portrait robot génétique ” (mais approximatif) est validé », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2014, vol. 3. pp. 595 – 598.

A. Dareste, « Traités et droits de douanes dans l'ancienne France. », *Bibl. Ec. Chartes*, vol. 8, 1847, pp. 465–478.

L. Dauxerre, Le corps, carte d'identité du salarié, *JCP S (édition sociale) anciennement revue Travail et protection sociale*, vol. 46. pp. 13 – 18, 2008.

L. Davenas, « Le secret médical et la preuve judiciaire », *Rec. Dalloz*, n°1, 2009, p. 2642.

D. De Bechillon, « Principe du contradictoire et protection du secret des affaires Plaidoyer pour le maintien de la jurisprudence en vigueur », *RFDA*, 2012, p. 1107.

D. De Beer, Nouveaux éclairages de la notion de “donnée personnelle” et application audacieuse du critère de proportionnalité, Cour européenne des droits de l'Homme, Grande Chambre, S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme (RTDH)*, vol. 81. pp. 141 – 161, 2010.

B. De Lamy, « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *Dalloz*, 2004, p. 1910.

A. Debet,

- « La biométrie inopposable au fonctionnaire en l'absence d'une information individuelle, *Communication Commerce Électronique*, vol. 11. pp. 42 – 45, 2014.

- « Le sexe et la personne », *Les Petites Affiches*, vol. 131, n°2, 2004, p. 21.

N. Deffains, « Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), grande Chambre, 11 juillet 2002, Christine Goodwin contre Royaume-Uni, requête numéro 28957/95 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), grande Chambre, 11 juillet 2002, I contre Royaume-Uni, requête num », *Europe*, vol. 11, 2002, pp. 32 – 33.

G. Deharo,

- « Allemagne. L'utilisation d'informations prédictives de santé lors des examens d'embauche », *J. Int. Bioéthique*, vol. 17, n°1, 2006, p. 125.

- « la science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle ? », *J. Int. Bioéthique*, n°17, 2006.

F. Dekeuwer-Défossez,

- « L'effectivité de la CIDE : rapport de synthèse », *Les Petites Affiches*, 2010, pp. 1–7.

- « Les empreintes génétiques devant la CEDH : avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Rev. Droit Civ.*, vol. 38, n°I, 2007, pp. 1–8.

- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ*, n°9, 1995, p. 249.

P. Delage,

- « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *Rev. Sci. criminelle*, 2007, p. 797.

- « La primauté de la personne », *Dalloz*, 2011, p. 173.

- « Respect des morts, dignité des vivants », *Rec. Dalloz*, n°1, 2010, p. 2044.

G. Deleuze, « post-scriptum sur les sociétés de », *l'autre Journal.*, vol. 1, 1990, pp. 2–5.

M. Delmas-Marty,

- « Le crime contre l'Humanité, les Droits de l'Homme, et l'irréductible humain », *Rev. Sci. criminelle droit pénal comparé*, vol. 3, 1994, pp. 477 – 490.

- « Sécurité, je lis ton nom... de la peur-exclusion à la peur solidarité », *Melanges C. Lazerges Dalloz*, n°21, 2014, p. 164.

P. Delvolvé, « Sécurité et sûreté :Rapports présentés le 17 octobre 2011 aux Entretiens de l'Académie des sciences morales et politiques », *RFDA*, 2011, p. 1085.

V. Depadt-sebag, « La recherche embryonnaire à la lumière du projet de réforme de la loi « relative à la bioéthique » », *Les Petites Affiches*, vol. 15, 2011, p. 5.

E. Derieux, Vie privée et données personnelles-Droit à la protection et “droit à l’oubli” face à la liberté d’expression, *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 48. pp. 21 – 33, 2015.

Y. Desforges, « L'évolution de l'administration de la preuve pénale face aux défis scientifiques », *AJ Pénal*, n°1, 2014, p. 56.

G. Desgens-Pasanau, « *Biométrie Bilan 10 ans après la réforme de la loi de 1978* », *Expertises* N° 401 - Avril 2015, p. 142.

F. Desprez, « L'analyse du Conseil d'État à propos de l'interdiction de dissimulation du visage en lien avec une manifestation sur la voie publique ; Note sous Conseil d'État, dixième et neuvième sous-sections réunies, 23 février 2011, requête numéro 329477 », *La Gaz. du Palais*, vol. 82, n°83, 2011, pp. 6 – 9.

S. Detraz, « Refus de se soumettre au prélèvement de ses empreintes génétiques Stéphane », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 2981.

S. Detraz, « La Cour de cassation se voile la face ; Note sous Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 mars 2013, pourvoi numéro 12-80.891 », *La Gaz. du Palais*, vol. 128, n°131, 2013, pp. 35 – 35.

F. Dieu, « Laïcité et espace public », *RDP*, 2013, p. 566.

M. Guyomar & X. Domino, « Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés », *AJDA*, 2012, p. 35.

A. Dorsner-Dolivet, « Le consentement au traitement médical : une liberté fondamentale en demi-teinte », *RFDA*, 2003, p. 528.

J.-P. Doucet, « Le lit de Procuste », *La Gaz. du Palais*, vol. 88, 2002, pp. 10 – 12.

E. Dreyer, « la dignité opposée à la personne », *Rec. Dalloz*, n°7, 2008, p. 2730.

G. Dubey,

- « Nouvelles techniques d'identification , nouveaux pouvoirs . Le cas de la biométrie », *Cah. Int. Sociol.*, vol. 125, 2008, p. 263.

- « Les deux corps de la biométrie », *Communications*, vol. 81, n°1, 2007, pp. 153–166.

- « La condition biomérique. Une approche socio-anthropologique des techniques d'identification biométrique », *Press. Sci. Po, Raisons Polit.*, vol. 32, 2008, pp. 9–33.

- « L'identification biométrique : vers un nouveau contrôle social ? », *Varia*, vol. 39, 2008, pp. 63–78.

E. Dubout, « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », *RFDA*, 2010, p. 1021.

C.-A. Dubreuil, « Inconstitutionnalité partielle de la procédure d'hospitalisation sans le consentement du patient », *JCP G Sem. Jurid. (édition générale)*, vol. 49, 2010, pp. 2288 – 2288.

J.-B. Duclercq, « L'Iphone 5S et les libertés fondamentales », 2013, *Revue générale du droit*, vol. 2. Disponible en ligne.

P. Egea,

- « L'indisponibilité de la personne (Confession d'un masque) », in *La personnalité juridique*, Presses un, LGDJ, 2011, pp. 182–190.

- « La « condition foetale » (1) entre « procréation et embryologie » *Rev. droit Sanit. Soc.*, 2004, p. 800.

- « Les chemins de la liberté petite leçon de biopolitique », *Rec. Dalloz*, 2004, p. 647.

W. Emmanuel, « De nouvelles règles issues du Contrôleur européen de la protection des données pour encadrer la vidéosurveillance », *Gaz. du palais*, vol. 114, 2010, pp. 10–11.

P. Marie, « Vers la privatisation de l'espace public ? », *Les Petites Affiches*, n°173, 2003, p. 8.

J.-F. Burgelin, « la bioéthique, le juge et le débat public », *ESKA J. Int. bioéthique*, vol. 17, 2006, pp. 19–31.

C. Guéry & A. Fabbri, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *Rev. Sci. criminelle*, 2009, p. 343.

S. Detraz,

- « Refus de se soumettre au prélèvement de ses empreintes génétiques Stéphane », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 2981.

- « La Cour de cassation se voile la face ; Note sous Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 mars 2013, pourvoi numéro 12-80.891 », *La Gaz. du Palais*, vol. 128, n°131, 2013, pp. 35 – 35.

F. Dieu,

- « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *La Sem. Jurid. Adm. Collect. Territ.*, n°48, 2010.

- « Dissimulation du visage : la confirmation d'une interdiction de large portée. A propos des circulaires du 2 mars 2011 et du 31 mars 2011 », *JCP A (Administrations Collect. Territ.)*, vol. 15, 2011, pp. 33 – 38.

O. Dufour, La constitutionnalisation du droit à la protection des données personnelles (à propos du rapport 2007 de la CNIL), *La Gazette du Palais*, vol. 149. pp. 2 – 3, 2008.

J. Duprat,

- « Le statut juridique du corps humain : une construction progressive », *Les Petites Affiches*, vol. 80, 1996, p. 4.

- « Le biodroit, un phénomène global sans principe unificateur », *J. Int. Bioéthique*, vol. 15, 2004, pp. 37–50.

X. Dupré de Boulois, « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérivés du contentieux objectif des droits », *Rev. des droits Lib. Fondam.*, vol. 2014, n°2, 2014.

C. Duvert, « Autorité parentale et circoncision rituelle », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 1585.

V. Dyevre, « Génétique et enquêtes policières », *Les Trib. la santé*, vol. 17, n°4, 17-Jan-2007, p. 79.

B. Edelman,

- « Le Président piqué... dans sa dignité », *Dalloz*, 2009, p. 610.

- « L'homme aux cellules d'or », *Dalloz*, 1989, p. 225-230.

- « Le Conseil Constitutionnel et l'embryon: décision numéro 94-343-344 DC du 27 juillet 1994 », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 27, 1995, pp. 205 – 210.

- « Le Conseil Constitutionnel et l'embryon », *Rec. Dalloz*, 1995, p. 205.

- « la dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Rec. Dalloz*, 1997, p. 185.

- « Génétique et liberté », *Droits*, vol. 13, 1991, p. 31.

- « Entre le corps - objet profane - et le cadavre - objet sacré », *Rec. Dalloz*, 2010, p. 2754.

C. Guéry & A. Fabbri, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *Rev. Sci. criminelle*, 2009, p. 343.

M. Fabre-Magnan,

- « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Dalloz*, 2005, p. 2973.

- « Le domaine de l'autonomie personnelle Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *Rec. Dalloz*, n°1, 2008, p. 31.

« Totems et tabous en matière de discrimination », *Rsev. des contrats*, 2010, p. 1433

M. Fatin-Rouge Stéfanini, « Le Conseil constitutionnel face à la loi anti-burqa : entre garantie des droits fondamentaux, sauvegarde de l'ordre public et stratégie politique », *Rev. Française Droit Const. (RFD Const)*, vol. 87, 2011, pp. 548 – 560.

D. Fenouillet, « Fasc . 30 : respect et protection du corps humain . - La génétique humaine . - L'espèce », *Les Petites Affiches*, 1997, pp. 1–36.

E. Filhol, « La loi de 1912 sur la circulation des « nomades » (Tsiganes) en France », *Rev. Eur. Migr. Int.*, vol. 23, n°2, 01-Oct-2007, pp. 135–158.

F. Fines, « Fasc. 700 : liberté d'aller et venir », *Jurisclasseur*, 2008, pp. 1–32.

J.-F. Flauss,

- « Actualité de la Convention Européenne pour la Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CESDH) (novembre 2001-avril 2002) », *Actual. Jurid. Droit Adm.*, vol. 6, 2002, pp. 500 – 507.

- « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », *Rev. Trimest. des Droits l'Homme*, vol. 53, 2003, pp. 139 – 175.

- « Répression des actes de torture et compétence civile universelle (à propos de l'arrêt Al Adsani de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)) », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 19, 2003, pp. 1246 – 1250.

J.-P. Foegle, « Sans doigt, ni loi : La CJUE donne son « feu vert » à la biosurveillance », *La Rev. des droits l'homme*, 28-Jul-2015. Disponible en ligne.

M. Foessel & A. Garapon, « Biométrie : les nouvelles formes de l'identité », *Esprit*.

É. Fongaro, Tests ADN : traitement différent de situations différentes ou discrimination ?, *Droit de la famille*, vol. 1. pp. 13 – 16, 2008.

D. Fonseca, « De l'effacement des figures aux figures de l'effacement. Plaidoyer pour une généalogie philosophique des décisions du Conseil constitutionnel. L'exemple de l'interdiction de la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public », *Droits. Rev. française théorie, Philos. Cult. juridiques*, vol. 52, 2012, pp. 165 – 185.

D. Forest,

-Biométrie aux mille visages, *Expertises des systèmes d'information*, vol. 363. pp. 378 – 378, 2011.

- « Le spectre luddite contre la tyrannie des machines », *Expertises des systèmes d'information*, 2008, vol. 330. pp. 392 – 394,

D. Forest, « Pouvoirs de sanction de la CNIL : le réveil soudain de la belle endormie », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 94.

F. Fourment, « La géolocalisation et la Convention EDH : l'ambivalence de la Cour de cassation », *la Sem. Jurid. Ed. générale*, vol. 52, 2013, p. 1378.

S. Fratacci, « Le compte rendu d'une mission de contrôle de la CNIL est un document administratif communicable », *AJDA*, 1993, p. 873.

J. Frayssinet, « La légalité de la collecte et de la gestion informatisée des photographies anthropométriques et des empreintes digitales à l'occasion d'une enquête préliminaire ; Note sous Tribunal de Grande Instance (TGI) de Marseille, première Chambre, 23 mars 1995, X. », *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, vol. 3. pp. 40 – 43.

B. Gabriel, « L'établissement des systèmes de vidéoprotection par les collectivités territoriales après la LOPPSI 2 », *AJ Collect. Territ.*, 2011, p. 322.

J.-C. Galloux & H. Gaumont-Prat, « Droit et libertés corporels », *Rec. Dalloz*, 2008, p. 1435.

J.-C. Galloux, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *Rec. Dalloz*, 1994, p. 229.

É. Garaud, « Arrêt Pretty contre Royaume-Uni : l'espoir déçu des partisans de l'euthanasie », *Rev. Jurid. Pers. Fam.*, vol. 7, 2002, pp. 11 – 12.

A. Garay, Le droit au suicide assisté et la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH): le "précédent" de la dramatique affaire Pretty, *La Gazette du Palais*, vol. 226. pp. 2 – 7, 2002.

H. Gaumont-Prat, « La loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique et l'encadrement des neurosciences », *Les Petites Affiches*, vol. 231, 2011, p. 10.

V. Gautron,

- « De la société de surveillance à la rétention de sûreté », *AJ Pénal*, 2009, p. 53.

- « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *AJ Pénal*, n°1, 2010, p. 266.

- « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ pénal*, 2007, p. 57.

B. Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers (à propos de la décision du Conseil Constitutionnel numéro 93-325 DC du 13 août 1993) », *RFDA*, vol. 5, 1993, pp. 871 – 901.

J.-L. Gillet, P. Chaudon et W. Mastor, « Terrorisme et liberté », *Constitutions 2012*. p.403

D. Ginocchi, « Le contrôle de la LOPPSI par le Conseil constitutionnel », *Actual. Jurid. Droit Adm.*, vol. 19, 2011, pp. 1097 – 1101.

F. GIQUEL, « La CNIL exerce-t-elle un contrôle des fichiers de police suffisant ? », *AJ Pénal*, 2007, pp. 69–70.

D. Chauvaux & T.-X. Girardot, « Régime de la déclaration préalable des traitements informatisés d'informations nominatives », *AJDA*, 1997, p. 156.

C. Girault,

- « Identification et identité génétiques », *AJ Pénal*, n°1, 2010, p. 224.

- « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 2003, vol. 15. pp. 676 – 682.

A. Giudicelli, « Sur la distinction du prélèvement et de l'analyse concernant les empreintes génétique (Cass. crim., 30 avr. 1998) », *RSC*, 2001, p. 667.

M. Gobert, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », *RTD Civ*, 1992, p. 489.

A. Gogorza, Compétence universelle et réconciliation sociale, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2. pp. 353 – 363, 2010.

F. Gosselin, « Fasc . 40 : actes de l'état civil . - Dispositions générales . - », 2014, pp. 1–25.

K. Grabarczyk, Vie privée et nouvelles technologies, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, vol. 2011, n°7. 2011.

R. Grand, « Le Conseil constitutionnel censure le « fichier des gens honnêtes » », *AJDA*, 2012, p. 623.

F. Granet-Lambrechts, « Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain : de la loi Caillavet aux lois de bioéthique », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 1995, p. 1.

M. A. Granger,

- « La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle », *Rev. Sci. criminelle*, 2012, p. 789.

- « La distinction police administrative / police judiciaire au sein de la jurisprudence constitutionnelle . Éléments de contribution tirés du commentaire de la décision « LOPPSI » du Conseil constitutionnel », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 4. 2008, pp. 789 – 800.

M.-C. Grasset, « La biométrie dans les entreprises est permise sous réserve de certaines précautions », *Gaz. du Palais*, vol. 293, n°6, 2005, p. 14.

C. Grewe, « Fasc. 680 : libertés et fichiers », *Jurisclasseur*, 2008, pp. 1–42.

J.-P. Gridel, « retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité », *Rec. Dalloz*, n°1, 2001, p. 872.

D. Gros, « Le “statut des juifs” et les manuels en usage dans les facultés de Droit (Partie 2) », *Cult. Conflits*, n°09–10, 16-Jan-2002.

C. Grossholz, « La circoncision infantile en cause : la décision du Tribunal de Cologne du 7 mai 2012 », *RFDA*, 2012, p. 843.

A. Gruber, « Le système français de protection des données personnelles », *Les Petites Affiches*, vol. 90, 2007, p. 4.

C. Guerrier, La CNi biométrique française : entre préservation de l'identité et protection des libertés individuelles, *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*, vol. 82. pp. 61 – 71, 2012.

C. Guerrier,

- « Les fichiers de police et la protection des données à caractère personnel après les décrets de mai 2012 », *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*, 2012, vol. 87. pp. 53 – 63,.

- « Liberté de circulation et biométrie en France : l'enjeu des visas et des passeports », *Commun. Commer. électronique*, vol. 5, 2007.

R. Guidoni, « Le parrainage civil : une pratique française revisitée », *Ateliers d'anthropologie*, n°28, 13-Dec-2004.

J. Guigue, « La chirurgie esthétique et la loi du 4 mars 2002 », *Gaz. du Palais*, vol. 351, 2002, p. 27.

E. Guild & D. Bigo, « Le visa Schengen : expression d'une stratégie de "police" à distance », *Cult. Conflits*, vol. 49, 2003, pp. 22–37.

E. Guild & D. Bigo, « Les relations entre acteurs, les tendances technologiques et les droits des individus », *Cult. Conflits*, vol. 49, n°printemps 2003, 2010, pp. 1–8.

N. Guimezanes, « L'arrêt de l'immigration en France ? Commentaire de la loi numéro 93-1027 du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration », *JCP G Sem. Jurid. (édition générale)*, vol. 1, 1994, pp. 1 – 15.

Y. Gulsen, « L'interdiction du port du voile à l'université : une ingérence légitime ? », *Rec. Dalloz*, 2005, p. 204.

E. Gutmann, « Les substances d'origine naturelle : de la découverte à l'invention brevetable », *Propriétés Intellect.*, vol. 17, 2005, pp. 392–402.

M. Guyomar, Le Conseil d'État admet la légalité du décret du 4 mai 2014 créant le fichier "traitement des antécédents judiciaires" ; Note sous Conseil d'État, dixième et neuvième sous-sections réunies, 11 avril 2014, Ligue des droits de l'Homme, requête numéro 360759, *La Gazette du Palais*, vol. 141, n°142. pp. 17 – 21, 2014.

M. Guyomar & X. Domino, « Le passeport biométrique au contrôle : empreintes et clichés », *AJDA*, 2012, p. 35.

M. Gérard, « l'embryon législatif », *Rec. Dalloz*, 1994, p. 355.

I. Hacking, les valeurs et les sciences », *Philosophy*, 2002, pp. 13–20.

J. Halpérin, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », 2004, pp. 1–10.

A. Levade, G. Carcassonne, J. Halpérin, S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. Millard, & D. Rousseau, « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1166.

P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. Crit. droit Int. privé*, n°2, 1997, pp. 1–18.

R. Hanicotte,

- « Belphégor ou le fantôme du Palais-Royal », *Sem. Jurid. Adm. Collect. Territ.*, n°16, 2010.

- « Visage Caché, oeil policier », *AJDA*, 2010, p. 417.

- « Des caméras sous l'œil du préfet », *Gaz. du Palais*, n°2, 2011, p. 7.

- « Des caméras sous l'oeil du préfet-La vidéoprotection telle que prévue par la Loppsi 2 ; Note sous Loi », *La Gaz. du Palais*, vol. 96, n°97, 2011, pp. 7 – 10.

- « Espaces publics, impasse des libertés », *JCP A (Administrations Collect. Territ.)*, vol. 26, 2012, pp. 20 – 24.

- « Pandore et saint-frusquin », à quand une police du textile ? », *la Sem. Jurid. Ed. générale*, n°28, 2013, pp. 1–8.

T. Hassler, « droit a la dignité : le retour ! », *Les Petites Affiches*, vol. 14, 1997, p. 12.

J. Hauser,

« Etat civil et transsexualisme : nature juridique de la décision de changement », *RTD Civ*, 2008, p. 78.

- « Inertitude ab initio sur le sexe: rectification d'état civil », *RTD Civ*, 2001, p. 849.

-L'état civil est-il obsolète? ; Note sous loi du 20 novembre 2007 relative à l'immigration, article 17, *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD Civ)*, vol. 1. pp. 91 – 92, 2009.

- « Note sous Cour européenne des Droits de l'Homme, grande Chambre, 11 juillet 2002, Christine Goodwin contre Royaume Uni, affaire numéro 28957/95 », *Rev. Trimest. Droit Civ. (RTD Civ)*, vol. 4, 2002, pp. 782 – 784.

- « Transsexualisme : prouver ou simplement vouloir ? ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 7 juin 2012, pourvoi numéro 10-26.947 et Cour de cassation, première Chambre civile, 7 juin 2012, pourvoi numéro 11-22.490 », *Rev. Trimest. Droit Civ. (RTD Civ)*, vol. 3, 2012, pp. 502 – 504.

- « Transsexualisme : changer à quelles conditions ? (Reims, 10 mai 2007, JCP 2008. IV. 1495) », *RTD Civ*, 2008, p. 271.

- « Un sexe évolutif ? Du transsexualisme, du trans-genre et des prénoms (Rép. min. 08325, JO Sénat Q 19 mai 2010 ; Dr. fam. 2010. Alertes 50 - Montpellier, 18 janv. 2010 - Paris, 28 janv. 2010 - Paris, 4 févr. 2010, RJPJF 2010-9/13, note », *RTD Civ*, 2010, p. 759.

L. Marville, I. Haye, & R. M. Torre, « Le sang de cordon ombilical n'est plus un déchet opératoire », *Rec. Dalloz*, 2011, p. 2215.

D. Hedary, « Dissimulation du visage, service public et liberté religieuse », *Actual. Jurid. Droit Adm.*, vol. 1, 2012, pp. 19 – 22.

L. Hennebel & G. Lewkowicz, « Le problème de la définition du terrorisme .. ».

A. Levade, G. Carcassonne, J. Halpérin, S. HENNETTE-VAUCHEZ, E. Millard, & D. Rousseau, « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1166.

S. Hennette-Vauchez,

- « Critiquer n'est pas salir, comparer n'est pas faiblir! », *AJDA*, 2007, p. 881.

- « Droits de l'homme et tyrannie : de l'importance de la distinction entre esprit critique et esprit de critique », *Dalloz*, 2009, p. 238.

- « Fasc . 520 : droit à la vie , au respect de l'intégrité physique et de l'identité », *Jurisclasseur*, 2007, pp. 1–32.

- « Hard case en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'Etat », *AJDA*, 2012, p. 2115.

- « Kant contre Jéhovah ? », *Rec. Dalloz*, 2004, p. 3154.

- « L'émergence d'un droit communautaire de la biomédecine (1) Paradoxes et Enjeux », *Rev. Trimest. droit Eur.*, vol. 12, n°1, 2009, p. 21.

P. Hennion-Jacquet, « L'arrêt Medvedyev : un turbulent silence sur les qualités du parquet français », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 22, 2010, pp. 1390 – 1394.

L., Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Juspoliticum* n° 8 p. 4. Disponible sur http://juspoliticum.com/IMG/pdf/Le_relativisme_des_valeurs-nouvelle_version_PDF.pdf

M. Herzog-evans, « Homme, homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD Civ*, 2000, p. 65.

S. Hocquet, J.-Y. Ramel, & H. Cardot, Authentification par la dynamique de frappe, in *15e congrès francophone de Reconnaissance des Formes et Intelligence Artificielle RFIA*, 2005.

S. Hocquet-Berg, « Le droit de diffuser, sans autorisation parentale, la photographie en portrait d'un enfant décédé », *Rec. Dalloz*, 1999, p. 694.

E. Housset, « La dramatique de la personne ou l'ipséité comme paradoxe », *Les études Philos.*, vol. 81, 2007, p. 215.

D. Houtcieff, « Le fichier informatisé des données à caractère personnel non déclaré à la CNIL est hors commerce ; Note sous Cour de cassation, Chambre commerciale, 25 juin 2013, pourvoi numéro 12-17.037 », *La Gaz. du Palais*, vol. 282, n°283, 2013, pp. 16 – 17.

C. Hurel, Les fichiers de police, *La Gazette du Palais*, vol. 272. pp. 5 – 9, 2006.

M. Illy, « Biométrie en suspens : la vie privée en dépend ! », *Rev. Française Droit Const. (RFD Const)*, vol. 91, 2012, pp. 573 – 575.

C. Jonas, « L'hospitalisation sans consentement des malades mentaux décidément sous l'oeil du Conseil constitutionnel (Commentaire de la décision numéro 2012-235 QPC du 20 avril 2012) », *Médecine et Droit*, vol. 117, 2012, pp. 179 – 181.

O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Rev. Eur. des Sci. Soc.*, n°XLI-128, 10-Dec-2003, pp. 129–144.

H. Jung, « expérimentation sur les êtres humains (1) Réflexions d'un juriste allemand », *Rev. Sci. criminelle*, 1991, p. 33.

B. Jurdant, Enjeux et paradoxes de la vulgarisation scientifique, *Actes du colloque La promotion de la culture scientifique et technique ses acteurs et leurs logiques*. pp. 201–209, 1996.

A. Kahn & Y. C. Zarka, « Les gènes ont-ils de l'esprit ? », *Cités*, vol. 33, n°1, 09-Apr-2008, p. 173.

M. Kaluszynski,

- « ALPHONSE BERTILLON et l'anthropométrie », in *Maintien de l'ordre et polices en France et en Europe au XIXe siècle*, Creaphis, 1987, pp. 269–285.

- « ALPHONSE BERTILLON et l'anthropométrie judiciaire. L'identification au cœur de l'ordre républicain », *Criminocorpus*, 12-May-2014.

- « L'identification ; pratique constructrice de l'Etat Genèse et développement des techniques d'identification en République (XIX-XXIème siècles) Du carnet anthropométrique au passeport biométrique , “*Les approches pragmatiques de l'action publique : quels apports pour l'analyse des politiques publiques ? Atelier 7 du Congrès annuel de la Société québécoise de science politique, Ottawa : France (2009)*” *L'identification*. pp. 1–36, 2009.

J. Karila De Van, « Le corps et la morale, réflexions sur trois lois récentes », *Les Petites Affiches*, vol. 72, 1995, p. 10.

D. Kessler,

- « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 2 juillet 1993. M. Milhaud », *RFDA*, 1993, p. 1002.

- « L'euthanasie et l'expérimentation sur cadavres face à la déontologie médicale Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 2 juillet 1993. Alain Milhaud », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 1994, p. 52.

Z. Kivilcim-forsman, « Eugénisme et ses diverses formes », *Rev. Trimest. des droits l'homme*, vol. 54, n°2, 2003.

C. Kleitz, « Un jeu de tactique législative », *Gaz. du Palais*, vol. 314, 2011, p. 3.

H. Labayle,

- « Le droit d'asile en France: normalisations ou neutralisation », *RFDA*, vol. 2, 1997, pp. 242 – 280.

- « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, vol. 12, 2003, pp. 923 – 935.

X. Labbée,

- « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *Rec. Dalloz*, 1999, p. 437.

- « L'enfant conçu n'est pas créancier d'aliments », *Rec. Dalloz*, 1999, p. 177.
- « Le chien prothèse (suite) », *Rec. Dalloz*, 2000, p. 750.
- C. Labrusse-Riou, « l'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne », *Droits*, vol. 13, 1991, p. 19.
- F.-J. Laffèrière, « L'administration n'est tenue de rendre à des étrangers leurs passeports confisqués que lors de leur départ du territoire français François », *Rec. Dalloz*, 1998, p. 15.
- D. Bottegui & A. Lallet, « Les vicissitudes du "fichage" », *AJDA*, 2010, p. 1930.
- A. Lamboley, « L'enfant à naître ne peut être victime d'un homicide involontaire: Regard critique sur la décision du 29 juin 2001 de l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *Médecine et Droit*, vol. 52, 2002, pp. 5 – 11.
- X. Lameyre, « Les Deux Corps de la justice pénale ; Du corps violé au corps enfermé », *Justices*, vol. 1. pp. 21 – 33, 2001.
- L. Laniel & P. Piazza, « Une carte nationale d'identité biométrique pour les Britanniques : l'antiterrorisme au cœur des discours de justification », *Cult. conflits*, n°64, 20-Dec-2006, pp. 49–63.
- C. Lantero, « L'impact de la reconnaissance institutionnelle des minorités sur la discrimination », *Rev. du droit public la Sci. Polit. en Fr. à l'Étranger*, vol. 3, n°3, 2009, p. 817.
- P. Lariou, « La réception des neurosciences par le droit », *AJ Pénal*, 2011, p. 231.
- B. Latour, « Nouvelles règles de la méthode scientifique », *Projet*, vol. 268, n°4. p. 91, 2001.
- C. Laviolle, « Antigone ou la contestation de la loi », *Rev. du droit public la Sci. Polit. en Fr. à l'Étranger*, vol. 5, n°I, 2006, p. 1182.
- B. Le Baut-Ferrarese, « La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des malades: la consécration par l'arrêt Pretty du droit au refus de soin », *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, vol. 26. pp. 1383 – 1388, 2003.
- C. Le Berre, « Les gens du voyage : une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte », *RDP*, vol. 3, 2008, p. 891.
- O. Le Bot, « Le respect de la vie privée comme liberté fondamentale Note sous CE, ord., 25 oct. 2007, », *RFDA*, 2008, p. 328.

G. Le Chatelier, « Conclusion sous Conseil d'Etat, Assemblée, 3 mars 2004, Association Liberté, Information, Santé », *RFDA*, 2004, p. 581.

J.-P. Le Crom, « Le livret ouvrier au XIX e siècle entre assujettissement et reconnaissance de soi », 1993, pp. 91–100.

X. Labbé, « L'androïde, le cyborg et les lois bioéthiques », *Les Petites Affiches*, n°105, 2011, p. 7.

O. Lecucq, « La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile et sa constitutionnalité », *AJDA*, vol. 3, 2008, p. 141.

F. Lemaire, « La notion de non discrimination en droit français », *RFDA*, 2010, p. 301.

N. Lenoir, « Les Etats et le droit de la bioéthique », *Rev. droit Sanit. Soc.*, n°4, 1995, p. 257.

M. Léna, « Les attentes liées à l'entrée en vigueur du Traitement des antécédents judiciaires », *AJ Pénal*, 2013, p. 635.

J. Lepers, « conclusion sous Arrêt rendu par Cour administrative d'appel de Douai 24 juillet 2008 n° 08DA00405 », *AJDA*, 2008, p. 1896.

A.-M. Leroyer, « Voile ; Note sous Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en oeuvre de la loi numéro 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, Journal officiel du 3 mars 2011, page 4128 », *Rev. Trimest. Droit Civ. (RTD Civ)*, vol. 2, 2011, pp. 399 – 402.

H. Lesaffre, « Quand la Cour européenne des droits de l'homme s'improvise Victor Hugo », *Les Petites Affiches*, vol. 61, 2010, p. 5.

L. Leturmy, « De l'enquête de police à la phase exécutoire du procès : quelques remarques générales sur l'expertise pénale », *AJ Pénal*, 2006, p. 58.

A. Levade,

- « Épilogue d'un débat juridique: l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée! », *la Sem. Jurid. Ed. générale*, n°43, 2010, p. 1043.

- « Mandat d'arrêt européen : quand confiance et reconnaissance mutuelles font obstacle au « sauf si » ! », *Constitutions*, 2013, p. 184.

- « Ultime hypothèque levée : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public n'est pas contraire à la Convention EDH ! », *JCP G Sem. Jurid. (édition générale)*, vol. 39, 2014, pp. 1686 – 1688.

- « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 « loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public » », *Rec. Dalloz*, n°1, 2011, p. 1166.

M. Levinet,

« L'incompatibilité entre l'État théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme À propos de l'arrêt rendu le 13 février 2003 par la Cour de Strasbourg dans l' », *RFDC*, vol. 57, 2004, pp. 207–221.

- « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, n°86, 2011, pp. 227–263.

- « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Les Petites Affiches*, vol. 254, n°11, 2010, p. 9.

D. Lévis, « Pour l'instauration d'un ordre de prééminence au sein des droits fondamentaux », *Rev. française droit Const.*, vol. 84, n°4, 20-Feb-2010, p. 693.

J.-P. Lhernould, « L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ? », *Droit Soc.*, 2012, p. 346.

R. Libchaber, « Circoncision, pluralisme et droits de l'homme », *Rec. Dalloz*, 2012, p. 2044.

A. Llorca, « La criminologie, héritière paradoxale de l'école d'anthropologie criminelle », *Raisons Polit.*, 2005, pp. 47–64.

D. Lochak,

- « Écrire, se taire... Réflexions sur la doctrine antisémite de Vichy », *Le genre Hum.*, vol. 30–31, 1996.

- « La race : une catégorie juridique ? », *Mots*, 1992, pp. 291–303.

- « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, vol. 84, 1998, pp. 15–30.

G. Loiseau,

- « Histoire d'une vie violée: le fœtus n'est pas une personne », *Droit Patrim.*, vol. 98, 2001, pp. 99 – 101.

- « L'autonomie du droit à l'image », *Legicom*, n°20, 1999, pp. 71–76.

- « Liberté de consentir au traitement médical et l'exception de sauvegarde de la vie du patient », *Droit et Patrimoine*, vol. 110. pp. 84 – 85, 2002.

F. Luchaire, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *RFDC*, vol. 63, 2005, pp. 675–684.

X. Magnon,

- « La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand », *RFDC*, vol. 84, 2010, pp. 762–791.

G. de Malafosse, « De l'inapplicabilité du droit à l'oubli », *Les Petites Affiches*, vol. 182. pp. 9 – 14, 2014.

J.-M., Manach, « les doigts brûlés de Calais », *Le monde diplomatique*, 25 septembre 2009.

J. Marchand, « L'open data, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », *JCP A (Administrations et collectivités territoriales)*, vol. 7. pp. 25 – 31, 2014.

G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *Actual. Jurid. du Droit Adm.*, 2006, p. 347.

J.-P. Marguénaud,

- « Sadomasochisme et autonomie personnelle ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, première section, 17 février 2005, K.A. et A.D. contre Belgique », *Rev. Trimest. Droit Civ. (RTD Civ)*, vol. 2, 2005, pp. 341 – 343.

- « La Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'accès à l'avortement thérapeutique, note sous Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 4e section, 20 mars 2007, Tysiac c/ Pologne, requête numéro 5410/03 », *Rev. Trimest. Droit Civ. (RTD Civ)*, vol. 2, 2007, pp. 292 – 295.

- « De la conservation des empreintes digitales, échantillons cellulaires et profils ADN des personnes innocentées CEDH, Grande Chambre, 4 décembre 2008, S. et Marper c/ Royaume-Uni Jean-Pierre », *Rev. Sci. criminelle*, 2009, p. 182.

- « Lorsque Le refus de modification de l'état civil d'un transsexuel entraîne une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée », *Rec. Dalloz*, 1993, p. 101.

- « Note sous Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 8 juillet 2004, Vo contre France, requête numéro 53924/00 », *Rev. Trimest. Droit Civ. (RTD Civ)*, vol. 4, 2004, pp. 799 – 801.

- « Le « vivre ensemble » et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public ou le bricolage d'un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d'une incrimination malvenue », *Rev. Sci. criminelle droit pénal comparé*, vol. 3, 2014, pp. 626 – 632.

- « La liberté de porter des vêtements religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 11, 2010, pp. 682 – 684.

I. Maria,

- « Hospitalisation d'office : des dispositions encore insatisfaisantes », *Droit la Fam.*, vol. 7, n°8, 2012, pp. 34 – 37.

- « Intervention de l'autorité judiciaire dans l'hospitalisation sous contrainte : éclaircissement ou nouvelle complexification ? », *Droit la Fam.*, vol. 1, 2011, pp. 37 – 39.

P. Marie, « Vers la privatisation de l'espace public ? », *Les Petites Affiches*, n°173, 2003, p. 8.

P. Wachmann & A. Marienburg-Wachsmann, « la folie dans la loi. Considérations critiques Sur la nouvelle jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme En matière de transsexualisme En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 par P », *Rev. Trimest. des droits l'homme*, vol. 56, 2003, p. 1174.

L. Marino,

- « Notre vie privée : des little data aux big data. », *la Sem. Jurid. Ed. générale*, n°47, 2012, pp. 1–6.

- « Un “droit à l'oubli” numérique consacré par la CJUE », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 26. pp. 1300 – 1303, 2014.

P. Marot, « Fonction et mutation des fichiers de police (surveiller, enquêter et punir) », *AJ Pénal*, n°22, 2007, p. 61.

N. Martial-Braz,

- « Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? Les enjeux de l'élaboration chaotique du règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 42, 2013, pp. 2788 – 2794.

- « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II : Le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée, *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 25. pp. 1481 – 1485, 2014.

V. Martinea, « Le policier et le cadavre », *L'esprit du Temps*, 2006.

E. Martinez, « Les enjeux de la « reconstitution » du droit de la bioéthique », *J. Int. Bioéthique*, vol. 15, n°2, 2004, pp. 51–63.

G. P. Martinez, « Michel Villey et les droits de l'homme », *Droit et société*, vol. 71, 2009, pp. 93–100.

L. Martrille, « Anthropométrie et anthropologie de la personne vivante : estimation de l'âge », *Journal de médecine légale, Droit médical, Victimologie, Dommage corporel*, vol. 6, n°7. pp. 275 – 284, 2004.

M. Marzouki, « Biométrie : corps étrangers sous contrôle », *Plein droit*, vol. 76, n°1, 29-Feb-2008, p. 24.

C. Mascret, « État des lieux de la réglementation française en matière d'actes à visée esthétique », *Les Petites Affiches*, vol. 73, n°9, 2012, p. 5.

J. Massip,

- « Ou l'on retrouve les transsexuels », *Les Petites Affiches*, vol. 62, n°1, 1998, p. 17.

- « Cassation de l'arrêt qui refuse un examen des sangs tendant à établir l'existence d'une fin de non-recevoir, même si les autres éléments de la cause étaient de nature à faire admettre la possibilité de la paternité », *Rec. Dalloz*, 1993, p. 29.

B. Mathieu,

- « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA*, vol. 5, 1994, p. 1019.

- « Fasc. 1449 : droit constitutionnel civil », *Les Petites Affiches*, 1993, pp. 1–40.

- « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Rec. Dalloz*, n°9, 1995, p. 211.

- « L'insuffisance des normes constitutionnelles face aux développements des sciences biomédicales ; Notes sous Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994 », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 16, 1995, pp. 237 – 241.

- « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l’homme », *Dalloz*, 1995, p. 211.
 - « La recherche sur l’embryon au regard des droits fondamentaux constitutionnels », *Rec. Dalloz*, n°8, 1999, p. 451.
 - « De quelques moyens d’évacuer la dignité humaine de l’ordre juridique », *Rec. Dalloz*, 2005, p. 1649.
 - « La liberté d’expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *RDP*, vol. 1, 2007, p. 231.
 - « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur “ le voile intégral”. La reconnaissance implicite d’un ordre public “ immatériel” », *la Sem. Jurid. Ed. générale*, n°42, 2010, pp. 1–5.
 - « Hommages pluriels à un juriste engagé », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. NS26. 2011. pp. 3 – 4,
 - « La Dignité avatars d’un principe malmené », *la Sem. Jurid. Ed. générale*, n°1 er Mai, 2011.
 - « La QPC, une protection efficace des droits et libertés ? », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 2013., vol. 11. p. 514.
 - « La “blogocratie” fait son entrée au Parlement », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 2013 vol. 9. p. 448..
 - « Le contrôle de constitutionnalité virtuel de la législation relative à l’IVG », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 37. pp. 1570.
 - « Le respect de la légitime confiance des citoyens s’impose au législateurs », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 4, 2014, p. 170.
 - « Recherche sur l’embryon : une jurisprudence en demi-teinte, *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 36. 2013. p. 1560.
- F. Mattatia, « CNIL et tribunaux : concurrence ou complémentarité dans la répression des infractions à la loi informatique et libertés s ? », *RSC*, 2009, p. 317.
- S. Mauclair, « Vers un droit à l’oubli numérique », *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, vol. 7. pp. 19 – 23, 2014.

C. Maugué, « Le droit d'accès aux traitements intéressant la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique résultant de l'article 39 de la loi du 6 janvier 1978 », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 3. pp. 81 – 84, 2004.

Y. Mayaud, « Ultime complainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 36, 2001, pp. 2917 – 2920.

D. Mayer, « Prévention et répression en matière de contrôle d'identité: une distinction trompeuse », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 37. pp. 272 – 274, 1993.

N. Maziau, « Le consentement dans le champ de l'éthique biomédicale Française », *Rev. droit Sanit. Soc.*, n°5, 1999, p. 469.

G. Memeteau,

- « Quelle bioéthique ? = What bioethics ? », *Médecine & droit*, n°47, pp. 15–19.

- « La présentation du droit médical dans la Revue trimestrielle de droit civil Petite compilation », *RTD Civ*, n°10, 2002, p. 253.

- « A l'abordage (de l'article 16.3 du code civil) », *Les Petites Affiches*, vol. 149, n°7, 1994, pp. 1–11.

- « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD Civ*, 1990, p. 661.

- « De quelques droits sur l'homme commentaire de la loi du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales Gérard », *Rec. Dalloz*, 1990, p. 165.

- « l'embryon législatif », *Rec. Dalloz*, 1994, p. 355.

E. Meyer, « Acte réglementaire autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel et formalité préalable auprès de la CNIL », *AJDA*, 2009, p. 2155.

J. Michaud, Les empreintes génétiques en justice, *Médecine & Droit*, vol. 1998. p. 6, 1998.

J. Michel, « Hibernatus, le droit, les droits de l'homme et la mort », *Rec. Dalloz*, 2005, p. 1745.

A. Mignot, Les identifications par les empreintes génétiques effectuées post mortem dans le cadre d'une action visant à établir ou à contester une filiation, *Revue générale de droit médical*, vol. 35. pp. 153 – 169, 2010.

V. Mitsilegas,

- « Contrôle des étrangers, des passagers, des citoyens : surveillance et anti- terrorisme », *Cult. conflicts*, vol. 60, n°hiver 2005, 2010, p. 185–.

- « La mise en œuvre de l'espace de liberté , de sécurité et de justice » *Rev. Fr. d'administration publique*, vol. 129, 2009, pp. 45–59.

M. Moliner-Dubost, « La Cour européenne des droits de l'homme condamne le régime carcéral des détenus particulièrement signalés », *Les Petites Affiches*, vol. 231, 2009, p. 3.

C. Morel & Y. Padova, « Droit des fichiers, droits des personnes », *Gaz. du Palais*, vol. 10, 2009, pp. 1–11.

M. Moritz, « L'absence de valeur probatoire des données à caractère personnel collectées par un traitement automatisé non déclaré à la CNIL », *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*, vol. 110. pp. 27 – 30, 2014.

J. Moury, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et jurisdictio », *RTD civ*, 2009, p. 665.

P. Murat, « Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit la Fam.*, vol. 10, 2004, pp. 43 – 46.

F. Mélin-Soucramanien, « Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les "classifications suspectes" », *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 43. pp. 3017 – 3018, 2007.

H. Narayan-Fourment, L'euthanasie active: La position prudente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), *Médecine et Droit*, vol. 60. pp. 98 – 101, 2003.

R. Encinas de Munagorri, « La communauté scientifique est-elle un ordre juridique ? », *RTD Civ*, 1998, p. 247.

C. Neirinck,

- « L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ? », *Rec. Dalloz*, 2003, p. 841.

- « Est-il possible d'être le grand-parent d'un enfant sans filiation établie ? », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 2010, p. 735.

G. Noiriél,

- « L'identification des personnes », in *Du papier à la biométrie identifier les individus*, 2006, p. 331.

- « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la I^e à la III^e République », *Geneses*, vol. 30, n°1, 1998, pp. 77–100.

- « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Geneses*, vol. 13, n°1, 1993, pp. 3–28.

H. Oberdorff, « L'administration publique face au progrès médical (1) l'exemple de la recherche biomédicale », *AJDA*, 1991, p. 411.

B.-X. Olivia & O. Bui-Xuan, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *RFDA*, n°17, 2011, p. 551.

J. Onno, « Histoire du droit du travail », *Les Petites Affiches*, vol. 145, 1999, pp. 16–18.

Y. Padova & C. Morel, « Droit des fichiers, droits des personnes », *Gaz. du Palais*, vol. 10, 2009, pp. 1–11.

Y. Padova, « A la recherche de la preuve absolue . Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes », *Arch. Polit. criminelle*, vol. 26, 2004, p. 71.

J.-B. Prévost, « Du peuplement des miroirs », *Gaz. du Palais*, n°173, 2013, p. 27.

V. Nakache & B. Perez, « Le préjudice esthétique des brûlures », *La Gaz. du Palais*, n°173, 2013, p. 24.

S. Paricard,

- « recherche médicale et le droit : une relation ambivalente », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 2009, p. 98.

- « Transsexualisme : la Cour de cassation sonnerait-elle le glas de la libéralisation », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 2012, p. 880.

A. Schlenk & O. Pascal, « L'empreinte génétique : le spectre de la preuve absolue », *AJ Pénal*, 2004, p. 24.

F. Pasqualini, « l'animal et la responsabilité civile », *Les Petites Affiches*, vol. 140, 1994.

J. Pastor, « Dissimulation du visage dans l'espace public : interdiction effective à partir du 11 avril ! », *AJ Collect. Territ.*, 2011, p. 153.

J. Peigné, « Le droit des biothérapies: entre subsidiarité éthique et harmonisation technique Commentaire du règlement CE n° 1394/2007 du 13 novembre 2007 sur les médicaments de thérapie innovante », *Rev. droit Sanit. Soc.*, vol. 2, 2008, pp. 292–306.

F. R. Peinado, « Les fichiers d’empreintes génétiques : les systèmes français et espagnol à l’égard de la Convention européenne des Droits de l’Homme », *Rev. des droits l’homme*, n°6, 02-Dec-2014.

A. Pena, « Commentaire de la décision n°2011-625 DC du 10 mars 2011, LOPPSI II », *Rev. Française Droit Const. (RFD Const)*, vol. 88, 2011, pp. 803 – 811.

C. Perrault, « Sexe, preuve et vérité », n°8, 2013, pp. 1–6.

J.-B. Perrier, « Loi interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public », *Rev. Sci. criminelle droit pénal comparé*, vol. 2, 2011, pp. 425 – 428.

C. Pettiti, « La dignité - dimensions et protection », *Gaz. du Palais*, vol. 193, 2000, p. 46.

S. Peyrou-Pistouley, « L’affaire Marper c/ Royaume-Uni : un arrêt fondateur pour la protection des données dans l’espace de liberté, sécurité, justice de l’Union européenne », *RFDA*, vol. 4, 2009, p. 741.

S. Peyrou-Pistouley, « La protection des données à caractère personnel dans l’ELSJ, work in progress... Décision-cadre du Conseil de l’Union européenne du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération polici », *Rev. Trimest. droit Eur.*, n°Dc, 2010, p. 775.

C. Philippe, « La viabilité de l’enfant nouveau-né. », *Rec. Dalloz*, 1996, p. 29.

A. Philippot, « “Devenir homme ou femme” : l’identité sexuelle à nouveau devant la Cour de cassation », *Les Petites Affiches*, vol. 155, 2012, pp. 11 – 22.

E. Picard,

- « La police et le secret des données d’ordre personnel en droit Français », *Rev. Sci. criminelle*, n°1, 1993, p. 275.

- « Les contrôles d’identité au regard des droits fondamentaux: des régimes inutilement hétéroclites », *RFDA*, vol. 5, 1994, pp. 959 – 992.

- « L’émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6.

E. Picavet, « Les nouveaux esclaves : clones et embryons », *Cités*, vol. n°8, 2001, p. 115.

F. Picod, Renforcement de la responsabilité de Google et droit au retrait de données personnelles, *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, vol. 21. pp. 1068 – 1068, 2014.

C. Pigache, L'utilisation des empreintes génétiques à des fins probatoires, *Revue générale de droit médical*, vol. 27. pp. 75 – 100, 2008.

M. Ponthoreau, « La protection des personnes contre les abus de l'informatique », *RFDA*, n°11, 1996, p. 796.

J.-M. Pontier, « Légalité du décret sur la dissimulation du visage », *Rev. Lamy des Collect. Territ.*, vol. 69, 2011, pp. 23 – 26.

Y. Pouillet and A. Rouvroy, Le droit à l'autodetermination informationnelle et la valeur du développement personnel. Une réévaluation de l'importance de la vie privée pour la démocratie, in *Etat de droit et virtualité*, Thémis, 2009, pp. 159–222.

S. Preuss-laussinotte,

- « L'Union européenne et les technologies de sécurité », *Cult. Conflits*, vol. 64, n°hiver 2006, 2011.

- « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cult. Conflits*, vol. 64, n°hiver 2006, 2010.

A. Prothais, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *Rev. Sci. criminelle*, 2000, p. 39.

P. Prélot, « Les doctrines ont-elles théorisé les libertés publiques avant l'âge d'or des lois des années 1880 ? », *Rev. du droit public la Sci. Polit. en Fr. à l'Étranger*, vol. 2, 2012, p. 473.

P. Puig, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ*, 2010, p. 517.

C. Puigelier, « Qu'est ce qu'un droit à la vie », *Rec. Dalloz*, n°5, 2003, p. 2781.

E. Putman,

« Les restrictions à la preuve par empreintes génétiques sont conformes à la Constitution », *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, 2012, vol. 1. pp. 14 – 15.

- « L'incrimination de la dissimulation du visage au cours d'une manifestation est conforme au principe de légalité criminelle », *Rev. Jurid. Pers. Fam.*, vol. 7, 2011, pp. 18 – 19.

- « Loi du 20 novembre 2007 sur la maîtrise de l'immigration : dans la continuité des "lois Sarkozy," » *Revue Juridique Personnes et Famille (RJPF)*, 2008, vol. 3. pp. 11 – 12.

- « Note sous Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 11 juillet 2002, I contre Royaume-Uni », *Droit Patrim.*, vol. 112, 2003, pp. 102 – 104.

É. Péchillon,

- « L'interprétation du décret anti-cagoule par le Conseil d'État », *Actual. Jurid. Droit Pénal Dalloz*, vol. 5, 2011, pp. 240 – 241.

- « Censure partielle de la loi du 5 juillet 2011 relative aux soins sous contrainte : vers une réforme en profondeur de la psychiatrie avant octobre 2013 ? », *JCP A (Administrations Collect. Territ.)*, vol. 26, 2012, pp. 32 – 36.

M. Quéméner, « Analyse de la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation. L'enquête judiciaire du XXI^e siècle », *Rev. Lamy droit l'immatériel ex Lamy droit l'informatique*, vol. 104, 2014, pp. 29 – 35.

P. Raimbault, « Le corps humain après la mort . Quand les juristes jouent au « cadavre exquis »... », *Droit et société*, vol. 61, 2005, pp. 817–844.

G. Raoul-Cormeil, « la reconnaissance de l'identité de la personne transsexuelle », *Droit la Fam. des Pers.*, vol. 6, 2010, p. 5.

M.-L. Rassat, « homicide involontaire: l'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire? l'assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G Sem. Jurid. (édition générale)*, vol. 29, 2001, pp. 1432 – 1455.

A. Ravelet, « Le juge administratif et la loi anti-Perruche », *Les Petites Affiches*, 2004, pp. 1–14.

L. Ravillon, « Le statut juridique de la personne en état végétatif chronique », *Rev. droit Sanit. Soc.*, n°7, 1999, p. 191.

P. Reigné, « La Cour de cassation et le changement d'état civil des personnes transidentitaires », *Droit la Fam.*, vol. 9, 2012, pp. 37 – 40.

M.-H. Renaut, « L'évolution de l'acte médical », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 1999, p. 45.

T. Renoux, « juger le terrorisme ? » - *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 14* (Dossier : La justice dans la constitution), mai 2003. disponible en ligne.

J.-F. Renucci,

- « La CEDH consacre le principe de la compétence universelle », *Recueil Dalloz Sirey*, 2009, vol. 23. pp. 1573 – 1575.

- « L’affaire Medvedyev devant la grande chambre : les “dits” et les “non-dits” d’un arrêt important », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 22, 2010, pp. 1386 – 1390.

S. Revel, « Précision sur la notion d’usurpation d’identité ou l’inexistence de l’ubiquité », *AJ Pénal*, n°1, 2010, p. 218.

T. Revet, « La chambre criminelle déduit de ce qu’en vertu de l’article 16-1 du code civil les prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherches médico-légales ne peuvent faire l’objet d’un droit patrimonial, qu’ils ne sont pas des objets susceptibles », *Rev. Trimest. droit Civ.*, 2010, p. 354.

P. Reviron, « L’ADN : la preuve parfaite ? », *AJ Pénal*, 2012, p. 590.

E. Rial-sebbag & X. BIOY, « Les ressources biologiques devant le Conseil constitutionnel », *Const. 2012*, 2012, p. 474.

D. Ritlen, « De l’articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l’Union », *RTD eur.*, 2013, p. 267.

J. Robert, « La nation et ses juges », *Rev. du droit public la Sci. Polit. en Fr. à l’Étranger*, vol. 3, 2006, p. 547.

D. Roets,

- « Fichier automatisé des empreintes digitales (FAED) : la France rattrapée par l’arrêt S. et Marper c/ Royaume-Uni », *RSC*, vol. d, 2013, p. 666.

- « De l’obligation positive de prévenir la délinquance sexuelle à l’ingérence dans le droit au respect de la vie privée des délinquants sexuels : la vie privée dans tous ses états... (CEDH, 5e section, 17 décembre 2009, Bouchacourt c/ France, », *Rev. Sci. criminelle*, 2010, p. 240.

P. Roger, « L’expertise judiciaire n’est pas un préalable obligatoire au changement de sexe à l’état civil pour les personnes transsexuelles », *Médecine et Droit*, vol. 117, 2012, pp. 176 – 178.

R. Roky, A. Tazzite, & D. Avar, « Les implications éthiques de la conservation des échantillons biologiques », *J. Int. Bioéthique*, vol. 20, n°3, 2009, p. 87.

F. Rolin & S. Slama, « Les libertés dans l’entonnoir de la législation anti-terrorisme », *AJDA*, 2006, p. 975.

D. Roman,

- « « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas » ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *Rec. Dalloz*, 2005, p. 1508.

- « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », *Rev. droit Sanit. Soc.*, n°2, 2005, p. 423.

- « “A corps défendant” La protection de l’individu contre lui même », *Rec. Dalloz*, 2007, p. 1284.

- « Droits de l’homme et identité de genre : le transsexualisme, une (future) question constitutionnelle ? A propos du rapport « Hammarberg », Conseil de l’Europe, 2009 », *Constitution*, 2010, p. 79.

P. Rouger, « Filiation et empreintes génétiques », *AJ Fam.*, 2003, p. 171.

G. Roujou de Boubée & D. Vigneau, « L’état civil des enfants nés sans vie Arrêt », *Rec. Dalloz*, 2008, p. 1862.

S. Rouquie, « Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la viE », *Les Petites Affiches*, vol. 57, n°I, 1998, p. 12.

D. Rousseau, « Jürgen Habermas et le Droit », *Rev. du droit public la Sci. Polit. en Fr. à l’Étranger*, vol. 6, 2007, p. 1476.

F. Saint-bonnet, « Le droit des libertés publiques , antonyme du droit administratif au XIX e siècle », *Rev. du droit public la Sci. Polit. en Fr. à l’Étranger*, vol. 2, 2010, p. 457.

V. Saint-James, « Réflexions sur la dignité de l’être humain en tant que concept juridique du droit français », *Rec. Dalloz*, n°22, 1997, p. 61.

J. Sainte-rose, « Un foetus peut-il être victime d’un homicide involontaire ? », *Rec. Dalloz*, 2001, p. 2917.

P. Saint-Paul, « La police allemande ne peut désigner le jumeau coupable », *Le figaro*, 20 mars 2009.

J.-L. Sanchez, « La relégation (loi du 27 mai 1885) », *Criminocorpus*, 01-Jan-2005.

D. Sarcelet, « L’exigence de preuve de la réalité du syndrome transsexuel : le caractère irréversible de la transformation de l’apparence sexuée ; Note sous Cour de cassation,

première Chambre civile, 7 juin 2012, pourvoi numéro 11-22.490 », *La Gaz. du Palais*, vol. 172, n°173, 2012, pp. 8 – 13.

J.-É. Schoettl, « Note sous Conseil constitutionnel, 19 janvier 2006, Décision numéro 2005-532 DC », *La Gaz. du Palais*, vol. 36, 2006, pp. 20 – 39.

O. Schrameck, « Sécurité et liberté », *RFDA*, 2011, p. 1093.

G. Sebastien, « Quelques propos sur le don de sang en France », *Les Petites Affiches*, vol. 19, 1998, p. 23.

J. Segura-carissimi, « Éléments de réflexion et d'analyse autour du statut juridique des « chimères réelles » et de l'animal, dans les xénogreffes et les biotechnologies », *Gaz. du Palais*, vol. n° 365, n°8, p. 62.

B. Seiller, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *AJDA*, 2004, p. 1637.

C.-E. Senac, « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *Rev. du droit public la Sci. Polit. en Fr. à l'Étranger*, vol. 4, 2008, p. 1081.

E. Serverin, « Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 39, 2004, pp. 2801 – 2807.

D. Simon, La révolution numérique du juge de l'Union : les premiers pas de la cybercitoyenneté, *Europe*, vol. 7. pp. 4 – 9, 2014.

J. Simonel, « De quelques aspects actuels des rapports entre la science et le droit », *J. Int. Bioéthique*, vol. 15, n°2, 2004, p. 17.

S. Sontag Koenig, « ADN : vraie gêne et faux gènes, bilan et évolution des techniques », *Droit pénal*, 2015, vol. 4. pp. 7 – 10.

F. Stirling-Belin, « Traçabilité, liberté de circulation et Union européenne », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, vol. 2005/1. pp. 409 – 432, 2005.

F. Sudre, « Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance », *Revue du Droit public (RDP)*, 2014, vol. 3. pp. 802 – 807.

H. Surrel, « Prise en compte prévisible de la singularité française du “vivre ensemble” », *JCP G Sem. Jurid. (édition générale)*, vol. 28, 2014, pp. 1398 – 1398.

D. Szymczak, « L'application du droit à la vie à l'enfant à naître : de l'art d'éviter de prendre clairement position », *JCP A (Administrations Collect. Territ.)*, vol. 52, 2004, pp. 1673 – 1674.

P. A. Taguieff, « L'eugénisme, objet de phobie idéologique. Lecture française récente », *Esprit, La bioéthique en panne*, 1989, p. 99.

A. Tazzite, R. Roky, & D. Avard, « Les implications éthiques de la conservation des échantillons biologiques », *J. Int. Bioéthique*, vol. 20, n°3, 2009, p. 87.

V. Tchen,

- « La base de données du passeport biométrique », *Droit Adm.*, vol. 1, 2012, pp. 1–10.

- « L'informatisation des documents d'identité numérisés », *Droit Adm.*, vol. 5, 2012, pp. 24 – 26.

- « Les ambiguïtés de la lutte contre la fraude identitaire. A propos de la loi du 27 mars 2012 », *JCP G Semaine Juridique (édition générale)*, 2012, vol. 15. pp. 717 – 719.

- « Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger », *Les Petites Affiches*, vol. 61, n°3, 1995, p. 4.

A. Terrasson de Fougères, « La résurrection de la mort civile », *RTD Civ*, 1997, p. 893.

F. F. Terré, « Les chemins de la vérité - sur les tests ADN », *la Sem. Jurid. Ed. générale*, vol. 1, 2008, pp. 15 – 19.

D. Thierry, « La France enfin liée par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la biomédecine », *Rev. droit Sanit. Soc.*, 2012, p. 839.

D. Thouvenin, « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD Civ*, n°4, 1994, p. 717.

M. Tibon-Cornillot, « Crise de la biologie, crise du droit : du code génétique à la biologisation des normes », *Droits*, vol. 18, 1994, p. 119.

D. Truchet, « La décision médicale et le droit », *AJDA*, 1994, p. 611.

M. Trézéguet, Cadre légal de la carte d'identité biométrique mais inconstitutionnalité du fichier central commun et de la puce « signature électronique », *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*, vol. 83. pp. 47 – 49, 2012.

D. Turpin, « La décision numéro 557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau », *Rec. Dalloz Sirey*, vol. 24, 2008, pp. 1638 – 1644.

G. Tusseau, « Critique d'une métonymie fonctionnelle La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, 2009, p. 641.

A. Türk,

- « La CNIL aujourd'hui est infiniment plus puissante qu'à l'origine, » *Les Petites Affiches*, 2008, vol. 108. pp. 4 – 7.

- « Vidéosurveillance, risques d'atteintes aux libertés : une dualité de régime insatisfaisante », *AJ Pénal*, 2010, p. 273.

A. Türk & P. Piazza, La difficile quête d'un équilibre entre impératifs de sécurité publique et protection de la vie privée, *Cultures & Conflits*, 2010, vol. n° 76, n°4. L'Harmattan, pp. 115–134.

G. Vedel, « Pour une définition constitutionnelle des étrangers », *Les Petites Affiches*, vol. n°222, n°8, 2002, p. 7.

R. Vedel, « Le rôle des fichiers dans l'action opérationnelle des services de sécurité intérieure », *AJ Pénal*, 2007, p. 64.

É. Vergès, Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, vol. 2014, n°25. 2014.

M. Verpeaux, « Des jurisprudences classiques au service de la prudence du juge. A propos de la décision n° 2007-557 du 15 novembre 2007, loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile », *JCP G Sem. Jurid. (édition générale)*, vol. 1, 2008, pp. 20 – 24.

M. Verpeaux, « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *Actual. Jurid. Droit Adm.*, vol. 42, 2010, pp. 2373 – 2377.

D. Vigneau, « Faut-il naître vivant et viable pour mourir en homme », *Droit la Fam.*, vol. 11, 2000, pp. 7 – 11.

F. Vialla, « Transsexualisme : l'irréversibilité en question », *Rec. Dalloz*, n°15, 2012, p. 1648.

H. Vlamynck, « Le policier et la garde à vue : remarques et interrogations », *AJ Pénal*, 2004, p. 269.

M. Véron, Données à caractère personnel relatives à la santé, *Droit pénal*, vol. 7. pp. 26 – 26, 2014.

P. Wachmann Wachmann & A. Marienburg-Wachsmann, « la folie dans la loi. Considérations critiques Sur la nouvelle jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme En matière de transsexualisme En marge des arrêts Christine Goodwin c. le

Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 par P », *Rev. Trimest. des droits l'homme*, vol. 56, 2003, p. 1174.

N. Weinbaum, « La protection des données personnelles à l'épreuve du nuage informatique », *JCP E Semaine Juridique (édition entreprise)*, 2014, vol. 46. pp. 37 – 43,.

C. Willmann, Statistiques ethniques : le Conseil constitutionnel censure la loi "Hortefeux," *Lexbase Hebdo - Edition Sociale*, vol. 282. 2007.

E. Wolton, Vidéosurveillance : regards croisés des juridictions judiciaires et de la Cnil, *Revue de Jurisprudence Sociale (RJS)*, vol. 3. pp. 159 – 162, 2015.

A. Kahn & Y. C. Zarka, « Les gènes ont-ils de l'esprit ? », *Cités*, vol. 33, n°1, 09-Apr-2008, p. 173.

B. ARTICLES BIOLOGIE ET MEDECINE

M. G. Rhodes & J. S. Anastasi, The own-age bias in face recognition: A meta-analytic & theoretical review., *Psychological Bulletin*, vol. 138, n°1. pp. 146–174, 2012.

L. L. Bailey, S. L. Nehlsen-Cannarella, W. Concepcion, & W. B. Jolley, « Baboon-to-human cardiac xenotransplantation in a neonate. », *JAMA*, vol. 254, n°23, 20-Dec-1985, pp. 3321–9.

G. H. Mochida, M. Mahajnah, & all. « A Truncating Mutation of TRAPPC9 Is Associated with Autosomal-Recessive Intellectual Disability & Postnatal Microcephaly », *Am. J. Hum. Genet.*, vol. 85, 2009, pp. 897–902.

K. L. Hourihan, A. S. Benjamin, & X. Liu, A cross-race effect in metamemory: Predictions of face recognition are more accurate for members of our own race, *Journal of Applied Research in Memory & Cognition*. 2012.

F. Liu, F. van der Lijn, C. Schurmann, G. Zhu, M. M. Chakravarty, & all., « A genome-wide association study identifies five loci influencing facial morphology in Europeans. », *PLoS Genet.*, vol. 8, n°9, Sep-2012, p.1023.

J. Tarabeux, N. Champagne, E. Brustein, F. F. Hamdan, & all. « De novo truncating mutation in Kinesin 17 associated with schizophrenia. », *Biol. Psychiatry*, vol. 68, n°7, 01-Oct-2010, pp. 649–56.

J. Tiihonen, “Genetic background of extreme violent behavior” ,*Molecular Psychiatry* , (28 October 2014), disponible en ligne

S. Moalem, P. Brouillard, D. Kuypers, E. Legius, E. Harvey, & all. « Hypotrichosis-lymphedema-telangiectasia-renal defect associated with a truncating mutation in the SOX18 gene », *Clinical Genetics*, 2014.

M. Wong, S.-P. Choo, & E.-H. Tan, « Travel warning with capecitabine. », *Ann. Oncol.*, vol. 20, n°7, Jul-2009, p. 1281.

J. D. Watson & F. H. Crick, « Molecular structure of nucleic acids: a structure for deoxyribose nucleic acid ». *Nature*, vol. 248, n°5451, 1974, p. 765.

G. H. Mochida, M. Mahajnah, A. D. Hill, « A Truncating Mutation of TRAPPC9 Is Associated with Autosomal-Recessive Intellectual Disability & Postnatal Microcephaly », *Am. J. Hum. Genet.*, vol. 85, 2009, pp. 897–902.

D. Frumkin, A. Wasserstrom, A. Davidson, & A. Grafit, « Authentication of forensic DNA samples. », *Forensic Sci. Int. Genet.*, vol. 4, n°2, 02-Feb-2010, pp. 95–103.

J. Weber-Lehmann, E. Schilling, G. Gradl, D. C. Richter, J. Wiehler, & B. Rolf, « Finding the needle in the haystack: Differentiating “identical” twins in paternity testing & forensics by ultra-deep next generation sequencing », *Forensic Sci. Int. Genet.*, vol. 9, n°1, 2014, pp. 42–46..

J.-Y. Le Gall, « genetics & human identification », *Biometrie Hum. Anthropol.*, vol. 26, n°1–2, 2008, pp. 27–31.

J. C. Venter, M. D. Adams, & E. W. Myers, « The Sequence of the Human Genome », *Science (80-.)*, vol. 291, 2001, pp. 1304–1351.

H. Ostrer, « A genetic profile of contemporary Jewish populations. », *Nat. Rev. Genet.*, vol. 2, n°11, Nov-2001, pp. 891–8.

M. G. Rhodes & J. S. Anastasi, « The own-age bias in face recognition: A meta-analytic & theoretical review », *Psychological Bulletin*, vol. 138, n°1. pp. 146–174, 2012.

K. L. Hourihan, A. S. Benjamin, & X. Liu, « A cross-race effect in metamemory: Predictions of face recognition are more accurate for members of our own race », *Journal of Applied Research in Memory & Cognition*. 2012.

III/ DOCUMENTS OFFICIELS ET RAPPORTS

A. RAPPORTS PARLEMENTAIRES

M. André, *Rapport d'information La nouvelle génération de titres d'identité : bilan et perspectives*, Sénat, 2008, n° 486. Disponible en ligne.

D. Batho & J.-A. Benisti, *Rapport d'information sur la mise en oeuvre des conclusions de la mission d'information sur les fichiers de police*, Assemblée nationale, 2011, n°4113. Disponible en ligne.

D. Batho & J.-A. Benisti, *Rapport d'information sur les fichiers de police*, Assemblée nationale, 2008, 1548. Disponible en ligne.

C. Cabal, *Rapport sur les méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir de données biométriques et les techniques de mise en œuvre*, Assemblée nationale. 2003 n°938. Disponible en ligne.

E.-A., Cabanis, « les évolutions scientifiques et technologiques », Audition Publique sur la Biométrie par l'OPECST, Assemblée Nationale, 2006.

M. Le Fur, *Rapport d'information sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques* Sénat, 2002, n° 504. Disponible en ligne.

J.-P. Garraud, *Rapport sur le projet de loi (n° 2520), interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, n°2648, Assemblée nationale, 2014. Disponible en ligne.

J.-R. Lecerf, *rapport d'information sur la nouvelle génération de documents d'identité et la fraude documentaire*. Sénat, 2005, n°439. Disponible en ligne.

A. Marsaud, *rapport relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Assemblée nationale, 2005, n°2861. Disponible en ligne.

S. Pietrasanta, *rapport sur le projet de loi relatif à la géolocalisation*, Assemblée nationale, 2014, n°1731. Disponible en ligne.

F. Pillet, *Rapport sur la proposition de loi de M. Gaëtan GORCE et plusieurs de ses collègues visant à limiter l'usage des techniques biométriques*. Sénat, 2014, n° 465. Disponible en ligne.

J.-P. Sueur, *Rapport sur le projet de loi relatif à la géolocalisation*, Sénat, 2014, n°285. Disponible en ligne.

F., Pillet, *Rapport sur la proposition de loi de M. Gaëtan Gorce et plusieurs de ses collègues visant à limiter l'usage des techniques biométriques*, Sénat, n° 465. Disponible en ligne.

J.-P. Courtois, *Rapport relatif au Projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*. Sénat, 2005, n°117. Disponible en ligne.

B. DOCUMENTS INSTITUTIONNELS

1. CNIL

CNIL, « 29e RAPPORT D'ACTIVITÉ », 2009. Disponible en ligne.

CNIL, « 30e RAPPORT D'ACTIVITÉ », 2010. Disponible en ligne.

CNIL, « 31e RAPPORT D'ACTIVITÉ », 2011. Disponible en ligne.

CNIL, « 32e RAPPORT D'ACTIVITÉ », 2012. Disponible en ligne.

CNIL, « 33e RAPPORT D'ACTIVITÉ », 2013. Disponible en ligne.

CNIL, « 34e RAPPORT D'ACTIVITÉ », 2014. Disponible en ligne.

CNIL, « 35e RAPPORT D'ACTIVITÉ », 2015. Disponible en ligne.

CNIL, *protéger les données personnelles, accompagner l'innovation, préserver les libertés individuelles*, Rapport, 2013. Disponible en ligne.

CNIL, *Communication de la CNIL relative à la mise en œuvre de dispositifs de reconnaissance par empreinte digitale avec stockage dans une base de données*. Disponible en ligne.

CNIL, *Délibération n ° 2013-404 du 19 décembre 2013 portant avis sur un projet de loi relatif à la géolocalisation* . 2013.

CNIL, Note d'observations concernant la proposition de loi relative à la protection de l'identité. 2011.

CNIL, Délibération n°00-015 du 21 mars 2000 portant avis sur le traitement automatisé d'informations nominatives, mis en œuvre par le collègue Jean Rostand de Nice, destiné à gérer à la cantine scolaire par la connaissance des empreintes digitales (demande d'avis n° 636.783)

CNIL Chambre de commerce et d'industrie de Nice –Cote d'azur, délibération n°2005-115 du 7 juin 2005

CNIL, Autorisation unique n° AU-009 - Délibération n°2006-103 du 27 avril 2006 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements automatisés de données à caractère personnel reposant sur l'utilisation d'un dispositif de reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalité l'accès au restaurant scolaire

CNIL, 27 avril 2006, Autorisation unique n° AU-008 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance de l'empreinte digitale exclusivement enregistrée sur un support individuel détenu par la personne concernée et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail.

CNIL, Conclusions du contrôle du système de traitement des infractions constatées (STIC) Rapport remis au Premier ministre le 20 janvier 2009.

CNIL, Autorisation unique n° AU-019 - Délibération n°2009-316 du 7 mai 2009 portant autorisation unique de mise en œuvre de dispositifs biométriques reposant sur la reconnaissance du réseau veineux des doigts de la main et ayant pour finalité le contrôle de l'accès aux locaux sur les lieux de travail.

CNIL, GMAC et Pearson Education France, délibération n° 2009-360 du 18 juin 2009.

CNIL, Cercle Wagram, délibération n°2010-311 du 16 décembre 2010.

CNIL, Centre de culture physique d'Aquitaine, délibération n°2009-311 du 7 mai 2011.s

CNIL, Délibération n° 2011-204 du 7 juillet 2011 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat relatif à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel dénommé « traitement de procédures judiciaires » (TPJ) (demande d'avis n° 1484843)

CNIL, Autorisation unique n° AU-007 - Délibération n°2012-322 du 20 septembre 2012 portant autorisation unique de mise en œuvre de traitements reposant sur la reconnaissance du contour de la main et ayant pour finalités le contrôle d'accès ainsi que la restauration sur les lieux de travail.

2. Documents français

G. Braibant, *données personnelles et société de l'information Rapport au Premier Ministre sur la transposition en droit français de la directive n° 95/46*. 3 mars 1998. Disponible en ligne.

R. Carmille, *Le fichier juif: rapport de la commission présidée par René Rémond au Premier ministre*, 1996. Disponible en ligne.

CCNE, Avis n° 98, *Biométrie, données identifiantes et droits de l'homme*

CCNE, Avis n° 100, *Migration Filiation et identification par empreintes génétiques*

CCNE, Avis n°46 *et recommandations sur Génétique et Médecine : de la prédiction à la prévention*.

CCNE, Avis n°17 relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN (techniques des empreintes génétiques).

CNCDH, Problèmes posés par l'inclusion d'éléments biométriques dans la carte nationale d'identité : contribution de la CNCDH au débat, Avis adopté par l'assemblée plénière du 1er juin 2006. Disponible en ligne.

Conseil d'Etat, *Rapport du Conseil D'Etat : Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014, la documentation française.

Conseil d'Etat, *Les lois de bioéthique : cinq ans après*, 1998. La documentation française.

Conseil d'Etat, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*. 2010. La documentation française.

Cour des comptes, *Rapport public thématique : L'organisation et la gestion des forces de sécurité publique*. 2011. Disponible en ligne.

Cour des Comptes, *l'organisation et la gestion des forces de sécurité publique*. 2001. Disponible en ligne.

CREDOC, « Les Français se montrent réservés sur l'usage de la biométrie dans la vie quotidienne », *Collection des Rapports* n° 291, mai 2013.

3. Documents internationaux

Comite consultatif de la convention pour la protection des personnes a l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, *rapport d'étape sur l'application des principes de la convention 108 a la collecte et au traitement des données biométriques*, 2005. Disponible en ligne.

Groupe de travail sur la protection des données, « Avis 3/2005 sur l'application du règlement (CE) n 2252/2004 du Conseil du 13 décembre 2004 o établissant des normes pour les éléments de sécurité et les éléments biométriques intégrés dans les passeports et les documents de voyage délivrés par les États membres », 2005, pp. 1–16.

Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *recommandation n° r (92) sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (adn) dans le cadre du système de justice pénale*, n°92. pp. 10–12, 1992.

Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *recommandation n° r (87) 15 visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police*, n°87. pp. 2–6, 1987.

Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'évaluation du système de Dublin, SEC(2007) n°742 2007.

OIAC

G29, Opinion 13/2011 on Geolocation services on smart mobile devices, Adopted on 16 May 2011

