

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/10454/2011

ACPR/319/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du vendredi 4 novembre 2011

Entre

M\_\_\_\_\_, actuellement détenu à la prison de Champ-Dollon, 22, chemin de Champ-Dollon, 1226 Thônex, représenté par M<sup>e</sup> Thierry STICHER, avocat, Etude VSKV Avocats, rue Ferdinand-Hodler 13, 1207 Genève,

recourant,

contre la décision de prélèvement d'ADN, rendue le 10 septembre 2011 par l'Officier de police,

Et

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6b, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565 - 1211 Genève 3,

intimé.

**EN FAIT :**

- A.** Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 20 septembre 2011, M\_\_\_\_\_ recourt contre la décision de l'Officier de police d'ordonner, le 10 précédent, un prélèvement ADN, lequel fut effectué le jour en question par frottis de la muqueuse jugale, dans le cadre de la P/10454/2011. Il demande la destruction de l'échantillon et la destruction du profil réalisé sur ces entrefaites.
- B.** Les faits pertinents pour l'issue du litige sont les suivants :
- a)** M\_\_\_\_\_, ressortissant congolais né le \_\_\_\_\_ 1983, sans titre de séjour et sans domicile fixe, été placé sous mandat d'amener par le Ministère public le 26 août 2011, pour avoir été mis en cause dans le cambriolage d'une chambre d'hôtel le 16 juillet précédent, à Genève, et pour avoir utilisé frauduleusement les cartes bancaires ou de crédit dérobées à cette occasion.
- b)** Interpellé le 9 septembre 2011, il a reconnu les faits, tant à la police que devant le Ministère public. Son casier judiciaire présente douze antécédents depuis 2003, principalement pour des vols.
- c)** Le 10 septembre 2011, l'Officier de police a ordonné un frottis de la muqueuse jugale du prévenu, lequel a consenti à cette mesure et signé le formulaire correspondant.
- d)** Après avoir été confronté à un autre participant et avoir reconnu à la police un vol commis le 27 juin 2011, M\_\_\_\_\_ s'est vu condamner par ordonnance pénale du 28 septembre 2011 à une peine privative de liberté de six mois.
- C. a)** Dans son recours, M\_\_\_\_\_ invoque une violation de l'art. 255 CPP. Aucun élément utile à son identification n'avait été prélevé sur les lieux de ses forfaits, de sorte que le prélèvement de son ADN était inutile.
- b)** Selon la Cheffe de la police, le prélèvement contesté a été effectué en conformité de l'art. 255 CPP, tant sous l'angle de la légalité que de la proportionnalité. La mesure visait à permettre de confondre M\_\_\_\_\_, par comparaison aux « *traces éventuelles* » prélevées sur la carte de crédit volée. Le but d'un tel prélèvement ne se limitait pas à élucider l'infraction d'origine, mais devait servir également à résoudre d'anciennes ou de futures infractions. Or, les antécédents de M\_\_\_\_\_ permettaient de supposer son implication dans d'autres infractions que celles couvertes par l'enquête.
- c)** Le Ministère public relève que M\_\_\_\_\_, voleur multirécidiviste, avait tout mis en œuvre pour éviter une perquisition à son domicile et que la carte de crédit dérobée, qui avait été retrouvée dans l'automate d'une station-service deux jours après le vol, avait

été transmise à la Brigade de police technique et scientifique afin de relever et d'exploiter d'éventuelles traces.

d) M\_\_\_\_\_ n'a pas répliqué.

### **EN DROIT :**

1. Le recours est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits (art. 393 et 396 CPP) ; il concerne une décision sujette à recours auprès de la Chambre de céans (art. 20 CPP) et émane du prévenu qui a qualité pour agir (art. 382 CPP).
2. La Cheffe de la police relève, mais sans – à juste titre – en tirer argument, que le recourant ne s'était pas opposé au prélèvement, puisqu'il avait signé la formule l'en avisant. Ladite formule peut d'autant moins emporter renonciation à recourir qu'elle comporte, précisément, l'indication expresse de la voie de recours ouverte auprès de la Chambre de céans. Au surplus, en matière de liberté individuelle, soit un droit imprescriptible et inaliénable (ATF 106 Ib 371 consid. 1b p. 373), il est douteux que le justiciable puisse valablement renoncer d'avance à son droit de faire sanctionner ultérieurement la violation de principes fondamentaux et de garanties procédurales essentielles, singulièrement lorsqu'il se trouve dans une situation vulnérable, comme par exemple s'il est privé de sa liberté (cf. ATF précité, p. 374). Du reste, à son art. 386 al. 1, le CPP ne prévoit que la renonciation à recourir *après* la communication de l'acte ; en revanche, l'intéressé ne saurait renoncer d'avance à son droit de recours, car il n'est pas en mesure d'en apprécier l'étendue avec assez de précision (Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale [CPP] du 21 décembre 2005, FF 2006 1293).
3. Plus que la légalité, le recourant conteste, en réalité, l'opportunité, au sens de l'art. 393 al. 2 let. c CPP, du prélèvement ordonné sur le fondement de l'art. 255 CPP.
  - 3.1. Selon l'art. 255 al. 2 CPP, la police peut, pour élucider un crime ou un délit, ordonner le prélèvement non invasif d'un échantillon destiné à établir un profil d'ADN, notamment d'un prévenu, soit un prélèvement buccal. Ainsi, l'établissement d'un profil d'ADN doit servir à trouver une solution concernant un crime ou un délit, mais n'est pas destiné à établir une banque de données générale ; en ce sens, la police ne saurait organiser un prélèvement systématique en cas d'arrestation. Elle ne saurait non plus recourir à ce moyen lorsque le délit en cause peut être élucidé sans cette preuve supplémentaire ou s'il s'agit d'infractions de faible gravité. En effet, cette mesure, qui porte atteinte à la sphère privée de la personne qui y est soumise, doit, à ce titre, respecter le principe de proportionnalité (A. KUHN / Y. JEANNERET [éd.], *Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 15-16 ad art. 255). La mesure du respect du principe de proportionnalité dépend donc fortement de la gravité de l'atteinte, qui se détermine selon des critères objectifs (ATF 128 II 259 consid. 3.3 p. 269). N'ont ainsi

pas été considérés comme graves le prélèvement de cheveux (arrêt 1P.528/1995 du 19 décembre 1995, consid. 2b, publié in EuGRZ 1996 p. 470), une prise de sang (ATF 124 I 80 consid. 2d p. 82), ainsi que l'établissement et la conservation, aux fins d'identification, de données personnelles, telles que des photographies (ATF 120 Ia 147 consid. 2b p. 150; 107 Ia 138 consid. 5a p. 145), ou des profils ADN (ATF 128 II 259 consid. 3.3 p. 269/270). En revanche, la médication forcée constitue une atteinte grave à la liberté personnelle (ATF 127 I 6 consid. 5g p. 17; 126 I 112 consid. 3a p. 115). Au regard de ces exemples, l'obligation de subir un frottis de la muqueuse jugale ne saurait être tenue pour une restriction grave à la sphère privée, raison pour laquelle d'ailleurs le législateur a autorisé la police à agir directement, sans référence au Ministère public. L'examen de la proportionnalité de la mesure doit donc tenir compte de son caractère peu invasif qui, par conséquent, doit être admise assez facilement. Tel n'a, toutefois, pas été le cas du prélèvement ordonné dans le cadre d'une procédure ouverte pour soupçon d'escroquerie d'un montant de quelque CHF 15'000.-, soit d'une gravité relative, lorsque rien ne permettait de penser que le prévenu aurait commis d'autres infractions ; une telle décision viole le principe de proportionnalité (ACPR/78/2011). Il va de même lors d'une enquête pour abus de confiance, si la mesure n'est pas utile pour élucider les charges actuelles ni pour en découvrir d'autres, passées ou futures, d'une certaine gravité (BJP 2011 n° 50).

**3.2.** En l'espèce, pour être légitime, le prélèvement litigieux aurait dû conduire, concrètement, à l'attribution d'infractions au recourant. Or, il n'en est rien. Pour les premiers faits portés à la connaissance du Ministère public, soit le vol du 16 juillet 2011, la police a exploité la bande de vidéosurveillance d'un garage, où une des cartes de crédit volées avait été retenue (« avalée ») par l'automate à essence ; interpellé, le suspect identifié sur ces images a mis en cause un prénommé S\_\_\_\_\_, qu'il a reconnu sur photo comme étant le recourant. Cette identification intervient plus d'un mois après les faits, et, si le rapport de police du 23 août 2011 mentionne que la carte de crédit avait été transmise aux services techniques et scientifiques à des fins d'analyse, il n'en reste pas moins que le recourant était identifié dès ce moment-là, soit sans qu'un prélèvement de son ADN eût été nécessaire et sans même, apparemment, que le résultat de l'examen eût été connu. C'est d'ailleurs sur la foi de cette identification par un tiers que la police a demandé au Ministère public de lancer un avis de recherche en vue d'arrestation (rapport précité, p. 7). Celle-ci intervenue, le recourant a immédiatement reconnu les faits. Quant au deuxième vol, il ressort du rapport de police du 15 septembre 2011 que le recourant avait pu être identifié d'emblée par l'enquêteur au moyen du visionnement d'une bande vidéo, sans qu'un prélèvement de traces sur la caisse enregistreuse ayant abrité l'argent volé eût été nécessaire. On a d'autant moins de raison de penser que le prélèvement litigieux pouvait servir à élucider d'autres infractions que l'enquêteur précité ignorait l'interpellation du recourant avant le 12 septembre 2011 (rapport précité, p. 2) et que le Ministère public a prononcé une ordonnance pénale à réception de son rapport. La Cheffe de la police ne prétend d'ailleurs pas que la recherche de traces sur la carte de crédit aurait donné quelque résultat utile à cet égard, puisque elle évoque uniquement, dans ses observations, la

comparaison avec des traces « *éventuelles* ». Faute d'indication concrète, rien ne permet, non plus, de penser que d'autres vols, par exemple similaires, non élucidés, entraient en considération et auraient peut-être pu être attribués au recourant si le profil issu du prélèvement du 10 septembre 2011 avait pu être comparé à des traces prélevées sur leurs lieux de commission. Dans ces circonstances, la décision attaquée relevait de l'investigation générale, qui excède les possibilités offertes à la police et viole le principe de la proportionnalité. Elle doit, en conséquence, être annulée.

4. L'admission du recours ne donne pas lieu à la perception de frais (art. 428 CPP).
5. Le recourant a demandé une indemnité à titre de participation aux honoraires de son conseil. Comme il plaide au bénéfice de la défense d'office, ses frais de défense sont, à tout le moins, insignifiants, au sens de l'art. 430 al. 1 let. c CPP, applicable par renvoi de l'art. 436 al. 1 CPP, puisqu'ils seront pris en charge par l'État et fixés à la fin de la procédure (art. 135 al. 2 CPP). Il n'a donc pas droit maintenant à l'indemnité qu'il réclame pour l'instance de recours.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR :**

Reçoit le recours formé par M\_\_\_\_\_ contre la décision de prélèvement d'ADN, rendue le 2 mars 2011 par l'Officier de police dans la procédure P/10454/2011.

L'admet et annule la décision de l'Officier de police du 10 septembre 2011 d'ordonner un prélèvement ADN par frottis de la muqueuse jugale de M\_\_\_\_\_.

Ordonne en conséquence la destruction du profil ADN établi suite à ce prélèvement.

Laisse les frais de la procédure de recours à la charge de l'État.

**Siégeant :**

Messieurs Christian COQUOZ, président, Louis PEILA et Christian MURBACH, juges, Thierry GILLIERON, greffier.

Le Greffier :

Thierry GILLIERON

Le Président :

Christian COQUOZ

**Indication des voies de recours :**

*Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) ; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*