



Genève, le 25 octobre 2018

Concerne : **Projet de modification de la loi sur les profils d'ADN (Mise en œuvre de la motion 15.4150 Vitali « Pas de protection pour les criminels et les violeurs » et du postulat 16.3003 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national « Analyse des délais de conservation des profils ADN »)**

Prise de position de l'Association des juristes progressistes

Cher Monsieur,

La présente fait suite à votre courriel du 11 octobre 2019, impartissant aux associations concernées, dont l'AJP, un délai au 25 octobre 2019 pour présenter ses observations au sujet du projet de loi cité sous rubrique.

L'AJP a pris bonne connaissance du projet de modification de la loi sur les profils ADN et des lois y relatives (dont le CPP) ainsi que du rapport explicatif du mois d'août 2019 et tient à souligner certains points qui lui semblent problématiques dans les projets législatifs soumis à la consultation. Compte tenu néanmoins de la brièveté des délais impartis ainsi qu'à la complexité technique du sujet traité, les présentes observations ne sauraient être considérées comme exhaustives.

D'emblée, l'AJP tient à souligner son attachement au respect de la sphère privée des particuliers, ainsi qu'à l'interdiction de toute forme de discrimination, principes garantis notamment par les art. 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH).

Le traitement et la conservation des données ADN a fait l'objet de deux arrêts de principe de la Cour européenne des droits de l'Homme, à savoir les affaires *S. et MARPER contre Royaume-Uni* (30562/04 et 0566/04) du 4 décembre 2008 ainsi qu'*AYCAGUER c. France* du 22 juin 2017 (8802/12), dans lesquelles les Etats défendeurs ont été condamnés pour violation de l'art. 8 CEDH.

I. A propos du phénotypage

A teneur de l'art. 2 al. 2 phr 2 du Projet de Loi sur les profils ADN (ci-après P-LADN), « Peuvent être recherchés la couleur des yeux, des cheveux et de la peau, l'origine biogéographique et l'âge biologique de l'auteur de la trace ». D'après le Rapport explicatif d'août 2019, il s'agit d'une liste exhaustive¹.

Selon l'art. 256 al. 2 du P-CPP, le cercle des personnes concernées lors d'enquêtes de grande envergure peut être réduit au moyen d'un phénotypage au sens de l'art. 258 P-CPP.

Une telle disposition pose des problèmes évidents en matière de problématique liée au **profilage racial**.

S'agissant tout d'abord de la **couleur de peau**, de l'avis même du Rapport explicatif d'août 2019², seules « Les couleurs de peau blanche et noire très prononcées peuvent être décelées avec une très grande vraisemblance ». Il s'ensuit que pour les personnes métisses, le risque d'erreur pourrait s'élever à près de 16 % d'après ce même rapport³.

La loi parle également de recherches sur la base d'« **origine biogéographique** » de l'auteur de la trace. Or, il sied de constater que le Rapport d'août 2019 ne définit pas cette notion, qui reste très imprécise et donc difficile à déterminer pour le lecteur commun. Notamment, elle ne définit pas le « périmètre » de la zone géographique de provenance, notamment s'il s'agit d'un continent ou d'une région particulière. Par ailleurs, on ignore tout du degré de précision de ce critère, notamment pour des personnes dont les parents sont issus de milieux particulièrement éloignés (par exemple : mère d'origine kenyane et états-unienne et père d'origine chinoise et suisse, étant précisé que les grands-parents peuvent également être issus de zones géographiques éloignées). La situation serait encore plus confuse pour des personnes issues de l'adoption internationale, dont certaines ignorent tout de leurs origines.

A cet égard, la doctrine constate que « l'analyse du chromosome Y serait très discriminatoire pour les Afro-Américains, moyennement discriminatoire pour les Caucasiens, et très peu pour les Hispaniques et les Asiatiques »⁴.

Par ailleurs, d'après la doctrine médicale, « Certains caractères faciaux sont retrouvés dans un même groupe humain ayant une même origine bio géographique »⁵. A terme, il serait donc possible d'établir des « portraits robots » de potentiels suspects basé sur les origines de la personne.

Il existe dès lors un risque évident que les recherches soient concentrées auprès des certaines populations ciblées, notamment auprès de minorités précarisées, faisant planer l'existence d'un

¹ Rapport explicatif P-LADN, p. 18.

² Rapport explicatif P-LADN p. 16.

³ *Ibidem*.

⁴ VUILLE/HICKS/KUHN, Les recherches familiales basées sur les profils ADN (ou recherches en parentèle) en droit suisse, *in* RPS 2013, pp. 141, 162 et références citées.

⁵ Bertrand LODES, Traits phénotypiques, origines bio géographiques et législation française, *Bull. Acad. Natl. Méd.*, 2016, 200, no 3, pp. 515 ss, 517,

« gène criminel » auprès des populations dont le « phénotype » apparaît le plus souvent dans le système d'information fédéral.

Par voie de conséquence, compte tenu du degré de précision incertain et compte tenu du risque concret de pratiques discriminatoires à l'égard de certaines populations à raison de leur couleur de peau et/ou de leur origine, l'AJP reste réfractaire à la recherche d'auteurs présumés sur la base de leur couleur de peau ainsi que de leur « origine biogéographique ».

II. A propos de la recherche élargie en parentèle

Dans un arrêt du 4 décembre 2008 concernant le Royaume-Uni⁶, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est montrée relativement dubitative vis-à-vis des recherches en parentèle au regard du respect de la vie privée garanti par l'art. 8 CEDH.

L'AJP est d'avis que la recherche élargie en parentèle est un procédé extrêmement invasif à l'encontre de la protection de la sphère privée, dans la mesure où elle concerne des tiers à une procédure pénale en cours, impliqués à leur insu sur la seule base de leur lien génétique avec l'auteur présumé de l'infraction. A noter également que seules les personnes préalablement enregistrées sur la base de données ADN pourront être concernées par la mesure, à savoir des individus ayant un passé pénal. A titre d'exemple, un meurtrier en série ne pourra jamais être identifié par ce biais si l'ensemble des membres de sa famille n'ont jamais eu aucun contact avec la justice pénale.

La doctrine considère que cette mesure est attentatoire à la **sphère privée** sur plusieurs aspects⁷. Tout d'abord, elle présuppose la violation de la vie privée de l'ancien condamné (celui qui dispose d'une correspondance génétique avec l'ADN du suspect), sa présence dans une base de données pouvant avoir des conséquences fâcheuses si la personne approchée ne savait que l'un de ses proches « génétiques » avait été condamné. Par ailleurs, le fait de révéler à une personne le lien biologique qui la lie à autrui peut également être constitutif d'une violation de la vie privée dans la mesure où les notions juridiques et sociologiques de « famille » ne correspondent pas nécessairement à la notion génétique des liens familiaux⁸.

A ce titre, on pourrait légitimement se poser la question des **droits procéduraux**, notamment du droit de refuser de témoigner (art. 168 CPP) du « proche génétique » si ce dernier n'a aucun contact avec le suspect, voire ne l'a jamais connu (par exemple dans le cadre d'une adoption).

L'AJP constate dès lors avec regret que le projet de loi soumis à la consultation ne prévoit aucune garantie visant à préserver la sphère privée des membres de la famille du suspect.

Les mêmes auteurs de doctrine considèrent que la recherche élargie en parentèle constitue également une **inégalité de traitement**, et est susceptible d'entraîner la **stigmatisation de certains groupes sociaux et familiaux**⁹. En raison de la présence sur la base ADN d'un proche biologique, un délinquant primaire aura plus de risques d'être soupçonné qu'une personne n'ayant pas de proche « fiché ». Les auteurs précités notent également que la situation peut s'avérer particulièrement problématique pour les proches d'une personne faisant partie d'un groupe social surreprésenté dans la base de données

⁶ CEDH S. et MARPER contre Royaume-Uni (30562/04 et 0566/04), §§ 75 ss.

⁷ VUILLE/HICKS/KUHN, Les recherches familiales basées sur les profils ADN (ou recherches en parentèle) en droit suisse, in RPS 2013, pp. 141, 160.

⁸ *Ibidem*.

⁹ VUILLE/HICKS/KUHN, Les recherches familiales basées sur les profils ADN (ou recherches en parentèle) en droit suisse, in RPS 2013, pp. 141, 160-164.

ADN. Une étude menée aux Etats-Unis a ainsi démontré qu'un Afro-Américain encourt davantage le risque d'être mis en cause par une recherche en parentèle qu'un Caucasien, alors même que tous deux ne font initialement d'aucun soupçon¹⁰. Le même problème est susceptible de se poser avec des classes sociales défavorisées, également surreprésentées dans lesdites bases de données¹¹.

Par ailleurs, le projet de loi pose à notre sens un problème évident au regard du principe constitutionnel de la nécessité dans la mesure où l'art. 258a P-CPP prévoit la possibilité d'une recherche familiale **pour toute forme de crimes**. Ainsi, l'auteur d'un vol unique (crime selon l'art 10 al. 2 et 139 CP) – et ses proches biologiques – serait théoriquement soumis au même traitement qu'un délinquant sexuel multirécidiviste. Compte tenu de la grave ingérence dans la vie privée de tiers, nous sommes d'avis que la mesure doit être limitée à des infractions particulièrement graves à l'instar de l'homicide, des lésions corporelles graves, des agressions sexuelles, de la prise d'otages, des actes terroristes et de toute autre infraction susceptible de porter atteinte à la vie ou l'intégrité corporelle d'un grand nombre de personnes. On notera que le CPP actuel prévoit d'ores et déjà la limitation des certaines mesures de contraintes incisives à des infractions particulière, à l'instar de l'investigation secrète (art. 286 CPP).

Il serait également opportun de limiter la recherche élargie en parentèle aux situations où les autres méthodes de recherche se sont avérées infructueuses¹². La méthode devrait dès lors être ordonnée uniquement en guise d'*ultima ratio*.

Toujours sous l'angle du principe de la proportionnalité, la mesure pose également un problème sous au regard du principe de l'**adéquation**, qui exige qu'une mesure étatique permette effectivement d'atteinte, ou du moins de favoriser, le but d'intérêt public dans lequel elle est prise¹³, en l'occurrence la recherche et l'interpellation de personnes suspectées d'infractions graves. Si tel n'est pas le cas, la mesure sera inutile, voire aurait été prise en réalité dans un autre but que celui initialement prévu¹⁴. Or, d'après le Rapport d'août 2019, sur la quinzaine de cas de recherches par parentèle ordonnés à ce jour, aucun n'a donné de résultats positifs¹⁵. Le seul cas probant cité par ledit rapport concerne une affaire française, lors de laquelle l'auteur – un violeur et tueur en série – a pu être identifié par une recherche en parentèle après son décès, l'exhumation de son corps ayant permis son identification à titre posthume¹⁶.

On relèvera que nos préoccupations à cet égard ont préalablement été partagées lors d'une interpellation parlementaire 17.4230 du 15 décembre 2017 de la Conseillère nationale Lisa MAZZONE, qui craignait la violation du principe de la proportionnalité lors des recherches familiales d'ADN¹⁷.

D'après le Rapport d'août 2019, la recherche élargie en parentèle serai déjà autorisée à la suite d'un **arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2015.17 du 6 octobre 2015**¹⁸. Cet arrêt cité dans le Rapport d'août 2019 ne saurait à notre sens être considéré comme une autorisation absolue pour la recherche en

¹⁰ Référence citée : MNOOKIN, Devil in the DNA database, Los Angeles Times, 05.04.2007.

¹¹ VUILLE/HICKS/KUHN, Les recherches familiales basées sur les profils ADN (ou recherches en parentèle) en droit suisse, in RPS 2013, pp. 141, 161.

¹² Avis partagé par VUILLE/HICKS/KUHN, Les recherches familiales basées sur les profils ADN (ou recherches en parentèle) en droit suisse, in RPS 2013, pp. 141, 175.

¹³ ATF 140 I 218.

¹⁴ TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd., 2018, § 552.

¹⁵ Rapport explicatif P-LADN, p. 30.

¹⁶ Rapport explicatif P-LADN, p. 32.

¹⁷ Lien vers l'interpellation : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20174230>.

¹⁸ Publié comme TPF 2015 104.

parentèle. En effet, il s'agit d'une jurisprudence unique, prise dans le cadre d'une demande de règlement de différends entre le Ministère public genevois et FEDPOL (donc aucune partie lésée à la cause), et concernant un assassinat datant de 1988, dont l'auteur n'a pu être identifié à ce jour. Cet arrêt ne saurait dès lors être considéré en soi comme une approbation de la recherche élargie en parentèle.

Par ailleurs, sous l'angle de la **systematique de la loi**, on s'étonne que l'article relatif à la recherche élargie en parentèle figure à la suite de la disposition de l'art. 258 CPP (exécution du prélèvement d'échantillons) et non pas dans le cadre du prélèvement d'échantillons lors d'enquêtes à grande envergure¹⁹, dans la mesure où ces deux mesures concernent l'élucidation d'un crime par le biais de l'analyse ADN, au-delà du seul profil d'un suspect.

Enfin, suivant l'avis de VUILLE/HICKS/KUHN²⁰, il nous paraît indispensable qu'une fois le suspect approché et son ADN extrait, le prélèvement doit être analysé dans un bref **délai** fixé par la loi, la personne mise en cause doit être **informée** du résultat le plus rapidement possible et que son profil ne puisse être **enregistré** si son analyse ADN la disculpe.

* * *

Compte tenu des éléments exposés, l'AJP estime le Projet de loi lacunaire dans la mesure où il ne permet pas la garantie le respect des libertés fondamentales, en particulier le droit au respect de la sphère privée. Il ne saurait dès lors être adopté en l'état dans sa forme actuelle sans porter grièvement atteinte aux droits particuliers, donc certains tiers à l'infraction pénale.

Compte tenu des enjeux fédéraux du présent projet de loi, une copie des présentes observations est également adressée à l'association des Juristes démocrates de Suisse (JDS).

Vous remerciant de bien vouloir accorder aux présentes observations la suite appropriée, nous vous prions de recevoir, cher Monsieur, nos salutations distinguées.

Pour le Comité de l'AJP :

Anna SERGUEEVA, avte

Pierre-Yves BOSSHARD, avt

¹⁹ Par exemple : art. 256a P-CPP.

²⁰ VUILLE/HICKS/KUHN, Les recherches familiales basées sur les profils ADN (ou recherches en parentèle) en droit suisse, *in* RPS 2013, pp. 141, 175.

