



Genève, le 27 novembre 2019

Le Conseil d'Etat

5605-2019

Département fédéral de justice et police
(DFJP)
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Concerne : 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")

Madame la Conseillère fédérale,

Notre Conseil a bien reçu votre courrier du 28 août 2019 par lequel vous avez invité les Gouvernements cantonaux à se prononcer dans le cadre de la procédure de consultation citée en marge et il vous en remercie.

Sur la base du rapport présenté, notre Conseil prend les positions suivantes :

Concernant le phénotypage, nous considérons que le rapport n'apporte pas d'éléments scientifiques documentés pour déterminer la fiabilité véritable de cette méthode.

Il manque une information complète et documentée sur les marges d'erreur de tous les phénotypes, la proportion de faux positifs créés par cette méthode et un calcul mathématique des probabilités conditionnelles, nécessaires pour qualifier de fiable cette méthode d'investigation intégrant des phénotypes à caractères sensibles.

En référence au principe de précaution qui doit présider à toute décision dans un domaine aussi sensible, le Conseil d'Etat se déclare réservé quant à l'introduction de cette méthode.

Concernant la recherche élargie en parentèle, notre Conseil est favorable à l'introduction de cette méthode qui présente un fort potentiel dans la résolution d'affaires criminelles.

Nous considérons toutefois, compte tenu de l'atteinte qu'elle porte à la présomption d'innocence, que cette recherche élargie soit réservée aux cas les plus graves comme les atteintes à la vie, à l'intégrité physique, à l'intégrité sexuelle et à la liberté.

Concernant la modification des délais de conservation des profils ADN, notre Conseil approuve ces modifications qui vont dans le sens d'un allègement et d'une plus grande clarté et respecte le principe de la proportionnalité.

Les refus, propositions et explications de notre position figurent dans le document technique joint à ces lignes.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien prêter à nos observations, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre parfaite considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Righeiti

Le président :



Antonio Hodgers

Annexe mentionnée

Copie à : kd-rechtsabteilung@fedpol.admin.ch

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 du Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève

Modification de la Loi sur les profils d'ADN : principes directeurs

Le Conseil d'Etat affirme son attachement aux principes fondamentaux de la présomption d'innocence et du respect de la personnalité, sans lesquels la notion même d'Etat de droit démocratique serait vidée de sa substance.

Le travail d'investigation dans une enquête pénale, de par sa nature exploratoire, est susceptible de porter atteinte à ces principes fondamentaux.

Cette atteinte est justifiée dans son principe car l'investigation policière est nécessaire à l'exercice de l'action publique et sert l'intérêt public de sécurité. Elle est un facteur de paix sociale et satisfait le besoin légitime des victimes ou de leur famille à ce que vérité soit faite et que justice soit rendue.

Cependant, cette atteinte n'est légitime que si elle respecte scrupuleusement le principe de la proportionnalité qui guide toute loi encadrant les méthodes policières d'investigation.

En ce qui concerne le profilage ADN, un équilibre a dû être trouvé entre une recherche de la vérité qui induirait une utilisation extensive du profilage et la protection de la personnalité et de la présomption d'innocence qui commanderait une utilisation davantage restrictive.

Pour éviter les abus liés à une utilisation trop systématique du profilage, le Tribunal Fédéral a clairement établi en 2014 que le prélèvement d'ADN sur personne ne doit être ordonné qu'en présence d'éléments sérieux et concrets.

Le Conseil d'Etat estime que cette exigence doit être maintenue pour toute nouvelle technologie ou méthode exploitant l'ADN à des fins d'enquête.

Elle est notamment impérieuse dans les recherches de grande envergure qui dirigent l'enquête non vers un individu mais vers un groupe plus ou moins limité de personnes, car il existe un risque politique de dérives et de troubles sociaux d'autant plus important dans les cas où le groupe est désigné par son aspect extérieur comme sa couleur de peau ou son origine biogéographique.

Le Conseil d'Etat estime que la plus haute exigence de fiabilité doit être respectée dans les nouvelles méthodes d'utilisation de l'ADN afin de réduire au minimum, voire d'exclure totalement le risque de fausses pistes.

En effet, une enquête mal orientée serait susceptible non seulement de violer sans cause les principes fondamentaux précédemment cités, mais égarerait les efforts d'enquête et permettrait finalement aux auteurs de crimes d'échapper à l'action publique.

Le Conseil d'Etat retient ainsi de l'exigence de proportionnalité que les nouvelles méthodes d'investigation basées sur l'ADN soient scientifiquement efficaces, produisent des éléments sérieux, concrets et irréfutables et respectent le principe de proportionnalité en étant réservées aux crimes, voire aux crimes les plus graves.

Le Conseil d'Etat a d'abord étudié sur la base du rapport explicatif si ces exigences étaient remplies en regard du phénotypage et de la recherche élargie en parentèle.

La modification des durées de conservations des traces ADN sera brièvement examinée en dernière partie.

1) L'introduction du phénotypage dans le droit de procédure pénale

Le phénotypage permettrait à partir d'une trace d'ADN, de déterminer cinq caractéristiques visuellement observables : la couleur des cheveux, des yeux, de la peau, l'appartenance biogéographique et l'âge.

Cette méthode permettrait, selon le rapport explicatif, de restreindre un groupe d'individus suspects et limiterait les prélèvements d'échantillons sur des personnes lors d'enquêtes de grande envergure. Le rapport cite le cas Vaatstra aux Pays-Bas où cette technique aurait été déterminante dans l'identification du coupable d'un viol et de meurtre.

Le rapport présente le phénotypage comme une méthode d'une "grande fiabilité" quant à l'apparence morphologique de la source de la trace. (p.14 rapport). Cette affirmation ne renvoie à aucune référence scientifique.

En page 16, le rapport mentionne parcimonieusement quelques marges d'erreur, nous apprenant ainsi que "la probabilité de prédiction du blanc" est de 98%, celle du "noir" de 95%, celle des "couleurs métisses" de 84%. La couleur de peau jaune n'est pas mentionnée et la question reste ouverte de savoir si, en tant que peau claire, elle est assimilée au "blanc".

"La probabilité de prédiction" de la couleur des cheveux varie selon le type de cheveux passant d'une marge d'erreur de 87% pour les cheveux noirs à 69% pour les cheveux blonds. Le rapport qualifie ces prédictions de "grande fiabilité".

Le Conseil d'Etat a des réticences à considérer qu'un rapport de 2/3 puisse être qualifié de fiable.

A l'avenant, la couleur des yeux non bleus ou brun foncé est décrite comme "difficile à déterminer", ce qui manque de précision.

Quant à l'origine biogéographique, qui pose un problème politique et éthique évident et mentionné par la plupart des milieux consultés, elle ne fait l'objet d'absolument aucune indication sur les marges d'erreur associées.

D'emblée, le Conseil d'Etat fait part de son étonnement qu'une question aussi cruciale et technique que les marges d'erreur d'une méthode d'investigation ne fasse pas l'objet d'une présentation rigoureuse et scientifiquement documentée. Le rapport ne présente aucune systématique sur les marges d'erreurs du phénotypage en lien avec le phénotype à déterminer. Ces marges d'erreur, quand elles sont communiquées, indiquent que la méthode est loin d'une "grande fiabilité".

Le rapport utilise sans les distinguer la notion de "précision de la détermination" qui renvoie à la marge d'erreur de la technique elle-même et la notion de "probabilité de prédiction" qui renvoie à la méthode mathématique du calcul des probabilités qui sont, pourtant, deux notions différentes.

Aucune indication n'est donnée sur les potentiels faux négatifs (exemple: une trace laissée par un individu de peau noire qui ne serait pas identifiée comme tel) ou les faux positifs (une indication de couleur de peau noire alors qu'en fait l'individu n'était pas de couleur noire).

Pourtant, la littérature scientifique admet l'existence de faux positifs dans le phénotypage et ce pourcentage est essentiel pour déterminer valablement et sérieusement la probabilité de prédiction, à savoir si l'indication du phénotypage correspond au réel. Ainsi un test indiquant la couleur de peau noire fiable à 95% et produisant 5% de faux positif pourrait avoir une

capacité prédictive de 28%, soit moins que le lancer d'une pièce de monnaie. La démonstration de cette conclusion se trouve dans la littérature traitant des probabilités conditionnelles bayésiennes et de l'oubli de référence de base qui est un biais cognitif répertorié.

En l'absence d'informations complémentaires, le Conseil d'Etat n'est pas en mesure de déterminer la fiabilité du phénotypage dont l'évaluation doit impérativement être établie de manière scientifique et intégrer non seulement l'évaluation technique du test lui-même, mais également un calcul des probabilités conditionnelles de sa capacité prédictive réelle.

Le Conseil d'Etat est extrêmement réticent à admettre un outil d'investigation dont la fiabilité n'est pas argumentée et prouvée et qui serait susceptible d'égarer les enquêteurs, d'épargner les criminels, de décevoir les attentes des victimes ou de leur famille tout en créant une perturbation importante des principes de la présomption d'innocence et de la protection de la personne, d'autant plus qu'il indique des phénotypes socialement et politiquement sensibles comme la couleur de peau et l'origine biogéographique qui sont considérés comme du profilage ethnique.

Le Conseil d'Etat rappelle également que le phénotypage présente des problèmes pratiques supplémentaires tels que :

- La nécessité de traces abondantes,
- Le coût d'appareil à la charge des cantons (CHF 500'000.-),
- L'impossibilité de son utilisation lors de mélanges de traces.

Il sera également rappelé que le cas Vaatstra cité par le rapport comme un succès du phénotypage est, en fait, davantage le succès d'un patient et classique travail de police qui a limité la région où devait s'effectuer l'enquête de grande envergure.

Si, malgré sa fiabilité non prouvée, le phénotypage devait néanmoins être introduit comme le propose le Conseil fédéral, le Conseil d'Etat constate que la Suisse serait, selon le rapport, le seul pays à introduire l'origine biogéographique comme phénotype.

En résumé, à défaut de produire une démonstration scientifique complète et convaincante, le Conseil d'Etat, en référence au principe de précaution qui doit présider à toute décision dans un domaine aussi sensible, se déclare réservé quant à l'introduction d'une méthode qui peut, potentiellement, s'avérer contre-productive et contraire aux principes fondamentaux d'un état de droit démocratique.

2) L'introduction de la recherche élargie en parentèle

Contrairement au phénotypage, la recherche élargie est une technique avérée d'identification fiable qui propose une variante élargie du profilage ADN.

Cette recherche est une aide scientifique à l'enquête. Son principe d'utilisation a été admis par le Tribunal fédéral en 2015, mais cette jurisprudence isolée et spécifique n'est pas suffisante. Il se justifie dès lors de doter cette technique d'une base légale.

Bien que fiable scientifiquement, la méthode connaît certaines limites:

- La recherche élargie pose le problème général de l'atteinte à la vie privée, mais peut aussi créer des situations personnelles délicates car un individu innocent qui subit un prélèvement ADN à la suite d'une recherche en parentèle élargie saura qu'un membre de sa famille est suspecté et possiblement coupable d'un crime.

- Il sera par ailleurs rappelé que sur les 15 recherches élargies en parentèle menées en Suisse, aucune n'a contribué au succès d'une enquête.

Le principe de proportionnalité commande que la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux induite par une mesure de contrainte corresponde à la gravité de l'infraction pour l'élucidation de laquelle l'instrument peut être utilisé.

En regard de l'atteinte importante aux droits fondamentaux, le Conseil d'Etat considère que l'élargissement de recherche en parentèle devrait se limiter non seulement aux crimes au sens de l'art. 10 al. 2 CP, mais aux crimes les plus graves portant atteinte à la vie, l'intégrité physique, l'intégrité sexuelle ou la liberté et ne devrait être utilisée que comme *ultima ratio*.

Il se justifie d'autant plus de donner un cadre légal à la recherche en parentèle élargie, qu'elle a un énorme potentiel en terme de résolutions d'affaires car elle pourrait bénéficier de l'engouement du public pour les "recherches ADN récréatives", c'est-à-dire les ADN publiés volontairement par des particuliers en dehors de toute raison médicale ou judiciaire.

La recherche en parentèle associée à la publication volontaire des ADN récréatifs a permis aux USA l'arrestation de tueurs en série d'opportunité dont le cas le plus célèbre est celui du tueur du Golden Gate.

Le Conseil d'Etat considère que la recherche élargie en parentèle est un outil potentiellement utile à l'action publique à qui il s'impose de donner un cadre légal afin d'éviter certains risques de dérive et d'abus tels que ceux constatés lors des premiers temps des profilages ADN. (*Source : Analyses ADN dans les procédures pénales – rapport de la commission de gestion du Conseil des Etats du 27 août 2019*)

Le Conseil d'Etat propose en conséquence que l'art. 258a du Code de procédure pénale limite la notion de crime aux atteintes à l'intégrité physique, sexuelle, la vie et la liberté et qu'il soit précisé que cette méthode ne peut être utilisée qu'en dernier recours.

3) La modification des délais de conservation des profils ADN

La modification proposée porte à la fois sur la fixation de la date de départ du délai et sur les délais eux-mêmes.

- a) Sur la date exacte de départ, le délai d'effacement sera fixé à partir d'une date précise par le tribunal au moment du jugement. Ce délai ne dépendra plus du déroulement de l'exécution de la sanction.

Le Conseil d'Etat appuie le principe d'une fixation qui va décharger les autorités d'exécution d'une administration lourde et qui va dans le sens d'une simplification et d'une plus grande clarté du dispositif.

- b) Les délais eux-mêmes sont réévalués en rapport avec la gravité de la faute commise. Un délai de 10 ans après le décès d'une personne mise en cause est introduit.

Il sera rappelé que la conservation durable des profils ADN n'est pas une entorse à la présomption d'innocence de l'art.10 al.1 CPP laquelle ne protège que les personnes contre qui aucune condamnation pénale n'a été prononcée (CEDH arrêt S Marper c. Royaume-Uni)

Le principe de proportionnalité est à examiner sous l'angle d'une juste proportion entre la durée de conservation de l'ADN et la gravité des actes pour lesquels la personne a été condamnée.

Ainsi une conservation illimitée de principe ou pour une durée fixe pour tout type de délit (40 ans en France pour tous les échantillons) aurait été contraire au principe de proportionnalité dégagé par la CEDH.

La solution proposée par le Conseil fédéral évite la solution extrême de la conservation illimitée qui exposerait la Suisse à une condamnation et respecte le principe de proportionnalité entre le délai de conservation et les peines fixées.

Le Conseil d'Etat approuve cette modification respectueuse des droits fondamentaux et du droit international en vigueur.

Parmi les modifications, la conservation de l'ADN pendant les 10 ans qui suivent le décès d'une personne mise en cause est considérée comme particulièrement judicieuse car elle permet de résoudre les crimes encore non résolus au moment du décès de son auteur.

Le Conseil d'Etat approuve cette modification, car le décès d'une personne mise en cause dans une enquête pénale ne doit pas être un obstacle à la découverte de la vérité nécessaire à la réparation des victimes ou au deuil des familles.
