

Août 2019

**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 »)**

**Rapport explicatif
en vue de l'ouverture de la procédure de consultation**

Table des matières

Condensé

1	<i>Contexte</i>	6
1.1	Nécessité d'agir et objectifs visés	6
1.1.1	La réglementation de l'analyse de l'ADN dans la loi sur les profils d'ADN et dans le code de procédure pénale.....	6
1.1.2	Postulat 16.3003 "Analyse des délais de conservation des profils ADN" et motion 15.4150 Vitali "Pas de protection pour les criminels et les violeurs"	6
1.1.3	Autres thèmes de réglementation.....	7
1.1.4	Le profil d'ADN, un instrument signalétique et un moyen d'attribuer une trace à son auteur	9
1.2	Relation avec le programme de la législature ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral	14
1.3	Classement d'interventions parlementaires	14
2	<i>Présentation du projet</i>	14
2.1	Réglementation proposée	14
2.1.1	Le phénotypage	14
2.1.2	Examen des délais de conservation des profils d'ADN (rapport de mise en œuvre du postulat 16.3003)	20
2.1.3	La recherche élargie en parentèle	30
3	<i>Commentaire des dispositions</i>	35
3.1	Loi sur les profils d'ADN	35
3.2	CPP (annexe: modification d'autres actes, ch. 1)	42
3.3	PPM (modification d'autres actes, ch. 2)	44
4	<i>Conséquences</i>	45
4.1	Conséquences pour la Confédération	45
4.2	Conséquences pour les cantons et les communes	46
5	<i>Aspects juridiques</i>	47
5.1	Constitutionnalité	47
5.1.1	Compétence législative.....	47
5.1.2	Conformité avec les droits fondamentaux	47
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	52
5.3	Forme de l'acte à adopter	52
5.4	Délégation de compétences législatives	52
	<i>Bibliographie</i>	53
	<i>Documentation</i>	53
	<i>Loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues (avant-projet)</i>	55

Condensé

Depuis une trentaine d'années, la poursuite pénale utilise elle aussi le profil d'une personne établi à partir de son ADN afin d'attribuer de manière fiable les traces d'ADN prélevées sur les lieux d'une infraction et d'ainsi identifier les possibles coupables. En vertu du droit actuel, la seule caractéristique morphologique apparente pouvant être déterminée à partir de ce matériel ADN est le sexe de l'auteur de la trace. Or, depuis l'entrée en vigueur en 2005 de la loi sur les profils d'ADN, la science a fait des progrès considérables, et d'autres caractéristiques morphologiques peuvent aujourd'hui être déduites grâce au "phénotypage". Au travers de la présente révision de la ladite loi, le Conseil fédéral remplit le mandat qui lui est confié dans la motion 15.4150: faire en sorte que la poursuite pénale suisse dispose elle aussi de cet instrument. Le postulat 16.3003 est mis en œuvre dans le même temps, puisque les délais de conservation des profils d'ADN sont soumis à une nouvelle réglementation. Enfin, la recherche élargie en parentèle, déjà utilisée dans le cadre du droit en vigueur, est désormais inscrite dans la loi et réglementée plus précisément.

Le phénotypage

Un cheveu, du sang, un ongle, un mouchoir, un mégot... Des traces sont trouvées sur tous les lieux d'infraction, à partir desquelles un profil d'ADN peut être établi. Aujourd'hui, en vertu du droit en vigueur, seul le profil d'ADN peut être dressé à partir de ce matériel ADN et, parmi les caractéristiques morphologiques apparentes, seul le sexe de l'auteur de la trace peut en être déterminé. Le "phénotypage" permettrait de mettre en évidence d'autres caractéristiques morphologiques, comme la probable couleur des yeux, des cheveux et de la peau, l'origine biogéographique et l'âge approximatif, pour que la police cible ses enquêtes et surtout les recherches. Les résultats du phénotypage associés à d'autres pistes pertinentes (témoignages, données numériques, etc.) dessinent alors un tableau d'ensemble. Le cercle des potentiels auteurs de trace peut être réduit et les innocents écartés. Cette méthode ne peut être utilisée que pour élucider un crime et non un délit. Sont des crimes toutes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans, comme le viol, l'assassinat, le brigandage grave ou la prise d'otages. C'est le ministère public qui ordonne le phénotypage, dont le résultat n'est utilisé qu'aux fins des recherches et n'est pas enregistré dans la banque de données ADN.

Effacement: simplification de la réglementation

Au travers d'un postulat, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a chargé le Conseil fédéral d'évaluer la réglementation en vigueur afférente à l'effacement des profils d'ADN enregistrés dans la banque de données ad hoc. Cette réglementation est complexe et s'accompagne d'une grande charge administrative. Par exemple, le délai d'effacement dépend du cours de l'exécution de la sanction, et si la durée de la peine de prison change ou si un auteur d'infraction récidive, le délai d'effacement de son profil d'ADN doit être adapté par la suite. Afin de simplifier la procédure, la durée de conservation des profils d'ADN dans la banque de données sera fixée dans le jugement même et ne sera plus modifiée ultérieurement.

La réglementation légale de la recherche élargie en parentèle

En Suisse, les recherches élargies en parentèle (connues aussi sous le nom de "recherches familiales") peuvent être menées depuis 2015, sur la base d'une décision du Tribunal pénal fédéral. La banque de données ADN est alors consultée afin de rechercher des personnes dont le profil présente une telle similitude avec celui de l'auteur de la trace qu'elles pourraient lui être apparentées. Les autorités de poursuite pénale prennent ensuite contact avec les membres de la famille de l'auteur de la trace dans le but d'identifier ce dernier. Cette méthode d'investigation est désormais formellement inscrite dans la loi.

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

1.1.1 La réglementation de l'analyse de l'ADN dans la loi sur les profils d'ADN et dans le code de procédure pénale

Depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, la loi sur les profils d'ADN n'a été adaptée que ponctuellement. Les modifications ont porté pour l'essentiel sur la liste des cas d'effacement selon l'art. 16, dans lequel les cas créés ou ajoutés à l'occasion de révisions partielles d'autres lois fédérales ont également été intégrés. Pour sa part, le code de procédure pénale (CPP)¹ nouvellement rédigé en 2007 a repris dans son chapitre "Analyse de l'ADN" (art. 255 ss), pour la procédure pénale ordinaire, les dispositions du droit de procédure pénale telles qu'elles avaient été décidées dans la loi sur les profils d'ADN. La réglementation légale de l'analyse de l'ADN aux fins de la poursuite pénale connaît donc, au travers du présent projet, ses premières innovations fondamentales en quelque quatorze ans d'existence.

Tout État de droit doit disposer d'une procédure pénale efficace et fonctionnelle. Les nouveautés détaillées ci-après doivent dans l'ensemble être considérées sous l'angle de la mission générale du droit de procédure pénale, à savoir mettre à disposition les outils procéduraux nécessaires à l'exercice de l'action publique découlant du droit pénal matériel et à celui des autres conséquences juridiques². L'introduction du phénotypage élargit l'instrument que représente l'analyse de l'ADN, pour qu'il intègre désormais cet important développement récent de la génétique forensique. Une réglementation en partie nouvelle des effacements permettra par ailleurs d'améliorer le traitement des profils d'ADN. L'un des objectifs de la loi sur les profils d'ADN en sera ainsi atteint, puisqu'elle vise "à accroître l'efficacité des procédures pénales" (art. 1, al. 2).

1.1.2 Postulat 16.3003 "Analyse des délais de conservation des profils ADN" et motion 15.4150 Vitali "Pas de protection pour les criminels et les violeurs"

Le 3 mars 2016, le Conseil national adopte le *postulat 16.3003 "Analyse des délais de conservation des profils ADN"* déposé par sa Commission des affaires juridiques, par lequel le Conseil fédéral est chargé de présenter un rapport "qui examine, dans le cadre de la loi sur les profils d'ADN, la non-suppression des profils d'ADN des personnes condamnées et l'évaluation des différents délais de conservation des profils en question"³.

La *motion 15.4150 Vitali "Pas de protection pour les criminels et les violeurs"* est quant à elle adoptée par le Conseil national le 18 mars 2016 et par le Conseil des États le 14 décembre 2016. Elle demande que soient créées les bases légales nécessaires "afin que les autorités de poursuite pénale soient autorisées à poursuivre de façon ciblée les auteurs d'actes de violence grave tels qu'un meurtre ou un viol en procé-

¹ RS 312.0

² Schmid/Jositsch-Handbuch, note 6

³ La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a au préalable, le 22 janvier 2016, requis l'avis d'experts au sujet d'un examen des délais d'effacement des profils d'ADN; des représentants de la poursuite pénale et du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) de même que des spécialistes du Département fédéral de justice et police (DFJP) ont participé à cette audition.

dant à l'analyse de séquences codantes de l'ADN, qui permet d'identifier des caractéristiques personnelles". En génétique moléculaire forensique, le procédé servant à déterminer des caractéristiques (morphologiques) apparentes d'une personne est appelé "phénotypage"⁴.

Afin que les participants à la consultation et, plus tard, les Chambres fédérales, ne doivent pas se pencher sur deux projets séparés de la même loi à brefs intervalles, et dans l'intérêt d'une cohérence substantielle des adaptations légales, le Conseil fédéral expose ses propositions de mise en œuvre de la motion comme du postulat dans *un seul et même* projet global. Les bases y relatives ont été élaborées par un groupe de travail mis sur pied par l'Office fédéral de la police (fedpol), auquel ont participé des représentants de la police (y compris de la police scientifique), des ministères publics et de la médecine légale (génétique forensique), la présidente de la Commission d'experts pour l'analyse génétique humaine (CEAGH)⁵ ainsi que des collaborateurs du PFPDT, de l'Office fédéral de la justice (OFJ) et de fedpol. Le groupe de travail est arrivé au terme de ses réflexions en octobre 2017.

1.1.3 Autres thèmes de réglementation

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les profils d'ADN, des adaptations supplémentaires ou de nouvelles dispositions ont été jugées nécessaires dans la pratique; elles doivent être ajoutées au présent projet.

La recherche élargie en parentèle

Dans sa décision du 6 octobre 2015, le Tribunal pénal fédéral (TPF) a estimé que la loi sur les profils d'ADN en vigueur, sans le prévoir expressément, autorise également la recherche élargie en parentèle, appelée communément "recherche en parentèle" ou "recherche familiale" dans les pays francophones, *familial search* dans les pays anglophones et *Verwandtenrecherche* dans les pays germanophones⁶. Dans le régime législatif suisse toutefois, il faut renoncer à utiliser l'expression "recherche familiale", qui prête à confusion. Il s'agit d'une recherche spéciale, dans laquelle le système d'information fondé sur les profils d'ADN est consulté pour rechercher des personnes dont le profil d'ADN est similaire à celui de la trace prélevée sur les lieux de l'infraction, et qui pourraient donc être apparentées à l'auteur de la trace. Les enquêtes des autorités de poursuite pénale se fondent ensuite sur le résultat de cette comparaison comme point de départ. Elles se font alors toujours au cas par cas et s'orientent seulement, comme dans toute autre procédure pénale, sur des personnes à l'encontre desquelles il existe réellement un soupçon. Cette "recherche élargie en parentèle" doit désormais, dans l'intérêt de la sécurité du droit, être formellement réglementée dans le CPP et dans la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM)⁷. Dans son avis concernant l'interpellation 17.4230 Mazzone "Recherches familiales d'ADN dans le cadre d'enquêtes pénales. Le Conseil fédéral entend-il y renoncer?", ce dernier a laissé entrevoir l'examen d'une telle réglementation légale.

⁴ Le *génotype* est l'ensemble des informations héréditaires portées dans les gènes d'un organisme. Le *phénotype* est quant à lui l'ensemble des traits observables de cet organisme.

⁵ Albertini Nicola, chef Forensique, police cantonale VD, représentant de l'Association des chefs de police judiciaire suisses (ACPJS); Cossu Christian, Institut de médecine légale de Saint-Gall, président de la section Génétique forensique de la Société suisse de médecine légale (SSML); Gallati Sabina, présidente de la CEAGH; Kratzer Adelgunde, cheffe Génétique forensique, Institut de médecine légale, Université de Zurich; Meier Marcel, procureur, canton BE, représentant de la Conférence des procureurs de Suisse (CPS); Sollberger Thomas, chef de la Police judiciaire, police cantonale BE, représentant de la Conférence des commandants des polices cantonales de Suisse (CCPCS); Voegeli Pamela, cheffe adjointe Génétique forensique, Institut de médecine légale, Université de Zurich, cheffe du Service de coordination ADNS; Vogt Nicole, collaboratrice scientifique, police cantonale BE, représentante CCPCS

⁶ TPF, décision BB.2015.17

⁷ RS 322.1

Délimitation, quant au contenu, entre la loi sur les profils d'ADN et le code de procédure pénale

Le CPP régleme au titre 5 les mesures de contrainte ordonnées dans le cadre de procédures pénales. L'analyse de l'ADN est l'une d'entre elles. Or l'analyse forensique de l'ADN a été formellement régleme pour la première fois dans la loi sur les profils d'ADN déjà. En l'an 2000, alors que le Conseil fédéral présentait son message afférent à la création de cette dernière, la question était encore ouverte de savoir si cet aspect, le moment venu, devait intégrer le futur CPP ou si la loi sur les profils d'ADN, même après l'entrée en vigueur du CPP, devait être maintenue en tant que loi spéciale autonome⁸. À la création du CPP, le législateur avait finalement opté pour cette seconde solution⁹.

Dans le détail, le CPP en vigueur régleme les différentes compétences pour ordonner l'établissement d'un profil d'ADN entre police, ministère public et tribunal (art. 255) ainsi que, en tant que cas spéciaux, le prélèvement d'échantillons lors d'enquêtes de grande envergure (art. 256) et l'enregistrement du profil d'ADN de personnes condamnées (art. 257). La loi sur les profils d'ADN, quant à elle, régleme l'utilisation de l'analyse de l'ADN dans les "procédures pénales qui ne tombent pas sous le coup du code de procédure pénale suisse"¹⁰; ce qui concerne *de facto* la PPM en premier lieu. Pour ce qui est de ces procédures pénales en dehors du CPP, la loi sur les profils d'ADN régleme ainsi les autorités qui ordonnent les mesures (art. 7) et les enquêtes de grande envergure (art. 3, al. 2, et art. 7, al. 3, let. a). Elle contient en outre des dispositions concernant l'analyse de l'ADN en dehors de procédures pénales (art. 6), la procédure organisationnelle d'établissement et d'analyse d'un profil d'ADN (art. 8s., 13 et 14), le système d'information fondé sur les profils d'ADN (art. 10 à 12), l'effacement des profils de ce système (art. 15 ss) ainsi que la protection des données¹¹.

La loi sur les profils d'ADN en vigueur comprend donc des dispositions relevant à la fois du droit administratif et de la procédure pénale. Les doublons entre elle et le CPP doivent être supprimés. Il s'agit d'opérer la même séparation entre les aspects de droit administratif (loi sur les profils d'ADN) et de procédure pénale (CPP) que celle qui avait été mise en œuvre par la révision totale de la loi fédérale du 18 mars 2016 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)¹² en rapport avec la LSCPT et le CPP¹³. Le contenu de la loi sur les profils d'ADN doit désormais se limiter à la définition du profil d'ADN, à la réglementation du processus de traitement de l'analyse de l'ADN et du système d'information ad hoc, y compris des délais d'effacement, ainsi qu'à la protection des données. Et c'est le CPP qui doit dorénavant être le seul et unique lieu de codification des aspects de l'analyse de l'ADN relevant directement de la procédure pénale. L'éventuelle disponibilité de l'analyse de l'ADN dans des procédures pénales en dehors du CPP doit être prévue ainsi dans la loi spéciale correspondante de procédure pénale. Au travers de la présente nouvelle réglementation, ce sera uniquement le cas pour la PPM.

⁸ Cf. message du 8 novembre 2000 relatif à la loi sur les profils d'ADN, FF **2001** 31s.

⁹ Les deux textes de loi contiennent chacun une norme spéciale concernant la délimitation réciproque de leur propre domaine d'application concret: l'art. 259 CPP par rapport à la loi sur les profils d'ADN, et inversement, l'art. 1a de la loi sur les profils d'ADN par rapport au CPP.

¹⁰ Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF **2006** 1223

¹¹ Les analyses génétiques en dehors de la poursuite pénale, donc dans le domaine de la médecine, du travail, des assurances et de la responsabilité civile, et l'établissement de profils d'ADN visant à déterminer la filiation ou l'identité d'une personne dans une procédure civile ou administrative sont régis par la loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l'analyse génétique humaine (LAGH; RS **810.12**).

¹² RS **780.1**

¹³ Cf. message du Conseil fédéral du 27 février 2013 concernant la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT), FF **2013** 2443.

Le groupe de travail sur la modification de la loi sur les profils d'ADN (cf. ci-dessus *ch. 1.1.2*) s'est également penché sur les conditions dans lesquelles un profil d'ADN peut être établi s'il n'est pas requis pour élucider l'infraction mais pourrait être utilisé pour en élucider d'autres, déjà commises ou futures, et ce dans le contexte de la récente pratique du Tribunal fédéral (TF) en la matière. Ce souhait, principalement émis par les cantons, n'est pas traité dans le présent projet, mais dans le message du Conseil fédéral concernant la modification du CPP mettant en œuvre la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) "Adaptation du Code de procédure pénale".

Complémentation de la procédure pénale militaire

La procédure pénale militaire, notamment, est exclue du champ d'application du CCP (cf. art. 1, al. 2, CPP). Au contraire du CPP, la PPM en vigueur ne contient aucune réglementation formelle de l'analyse de l'ADN. Jusqu'ici, la justice militaire a appliqué la loi sur les profils d'ADN dans les cas nécessitant l'établissement d'un profil d'ADN ou une enquête de grande envergure. La dissociation précitée entre la loi sur les profils d'ADN et le CPP ne le permettra désormais plus. Abstraction faite de ce point, des raisons relevant de l'État de droit justifient de réglementer l'analyse de l'ADN dans la PPM selon la même densité normative que dans le CPP. Globalement, la PPM doit dorénavant disposer – à l'instar du droit de procédure pénale ordinaire – de la totalité des instruments de l'analyse de l'ADN, de l'établissement du profil d'ADN standard à l'enquête de grande envergure. Les mesures de contrainte listées dans la PPM sont donc complétées par une nouvelle section "Analyse de l'ADN", laquelle intègre les mesures de procédure pénale de l'analyse de l'ADN, comme elles sont déjà prévues dans le CPP, ainsi que, parallèlement aux adaptations du CPP de même contenu, le phénotypage et la recherche élargie en parentèle, tous deux nouvellement réglementés au travers du présent projet.

1.1.4 Le profil d'ADN, un instrument signalétique et un moyen d'attribuer une trace à son auteur

Aperçu

Le profil d'ADN contient des informations sur les caractéristiques spécifiques d'une personne, lesquelles sont utilisées en vue de l'*identifier* (art. 2, al. 1, de la loi sur les profils d'ADN et de l'avant-projet de la loi sur les profils d'ADN). Cette information est composée exclusivement d'un "code alphanumérique" (art. 2, al. 1, de la loi sur les profils d'ADN)¹⁴, qui peut être utilisé soit pour comparer localement un profil avec un autre profil déterminé de même type (comparaison 1:1) soit, par l'intermédiaire d'un système d'information spécial, pour comparer un profil avec de nombreux autres profils de même type de manière potentiellement illimitée (comparaison 1:n). Le matériel biologique à partir duquel le profil est établi provient soit d'un échantillon prélevé sur une personne précise – généralement de manière non invasive au moyen d'un frottis de la muqueuse jugale ou, dans certains cas particuliers, de manière invasive, notamment par une prise de sang – (profil de personne), soit d'un échantillon prélevé par les spécialistes de la police scientifique sur le lieu de l'infraction, sur l'arme utilisée ou sur la victime, échantillon alors mis en sûreté en tant que "trace" (profil de trace)¹⁵. Le sexe est toujours déterminé au cours de l'analyse en vue de l'établissement du profil standard¹⁶.

¹⁴ Les chiffres désignent les caractéristiques ADN spécifiques (allèles) et les lettres, le sexe de la personne (XX pour les femmes, XY pour les hommes; message relatif à la loi sur les profils d'ADN, FF 2001 27).

¹⁵ Il peut s'agir ici de traces de sang, de salive, de squames, de traces de sperme, de cellules épithéliales vaginales, de cheveux, d'os ou de dents (*Pflugbeil et al.*, p. 89s.; *Wirth/Schmeling*, p. 330s.).

¹⁶ Le sexe est déterminé au moyen d'une analyse du locus "amélogénine" (cf. ordonnance du 8 octobre 2014 du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN [RS 363.11], liste des loci en annexe; *Wirth/Schmeling*, p. 326).

Les bases génético-moléculaires du profil d'ADN

L'ADN (acide désoxyribonucléique, *desoxyribonucleic acid* ou *DNA* en anglais) présent dans le noyau cellulaire contient l'information génétique d'un individu. C'est une molécule sous la forme d'une chaîne maillée de nucléotides. Les chaînes de l'homme, composées de 23 chromosomes, sont chacune reliées en une double hélice similaire à une échelle de corde. Les brins sont formés par des paires de bases; parmi les quatre bases différentes, l'adénine (A) s'apparie avec la thymine (T) et la cytosine (C) avec la guanine (G)¹⁷. Seuls quelque 2 % de l'ADN se composent de suites de nucléotides contenant de l'information génétique, donc de l'information servant à fabriquer une protéine. Les nucléotides des autres 98 % ne renferment aucunement ce genre d'information. Afin d'établir le profil d'ADN, des points ou marqueurs (loci, *markers* en anglais) très spécifiques sont analysés au sein d'un chromosome précis, lesquels ont pour particularité de présenter un certain nombre de répétitions de paires de bases (par ex. ATCG). Ces marqueurs sont en conséquence appelés *short tandem repeats* (*STR*, ou "microsatellites"). Le nombre de répétitions et donc la longueur de chaque locus varient d'un individu à l'autre (c'est ce que l'on appelle le "polymorphisme de longueur"¹⁸). Et c'est ce qui permet d'utiliser les STR à des fins d'identification. Le code alphanumérique, qui compose le profil d'ADN (cf. ci-dessus *Aperçu*), est le résultat de la longueur des STR, avec le nombre de répétitions de paires de bases comme unité de mesure. En soi, c'est-à-dire en dehors de la comparaison d'un profil d'ADN avec d'autres profils de même type, le profil d'ADN n'a pas d'utilité¹⁹. Il ne contient notamment absolument aucune information sur l'individualité.

Les laboratoires sont tenus, dans le cas d'une analyse de l'ADN à des fins d'établissement de profil, d'analyser seize loci STR précis (art. 1, al. 5, de l'ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN). Si chacun des deux allèles ou caractéristiques (un de chaque parent) de deux profils concordent sur les seize loci, soit un total de 32 caractéristiques, on peut supposer, avec une probabilité proche de la certitude, que ces profils viennent de la même personne. Une concordance fortuite peut être exclue quasi à 100 %, sauf pour les jumeaux monozygotes, lesquels possèdent des profils d'ADN identiques.

Actuellement en Suisse, sept laboratoires sont autorisés par le DFJP à établir des profils d'ADN²⁰. C'est le Service de coordination visé à l'art. 9a de l'ordonnance du 3 décembre 2004 sur les profils d'ADN²¹ qui compare les profils dans le système d'information ad hoc (cf. ci-après *ch. 2.1.2*) au niveau national²².

La signification concrète de la comparaison de profils d'ADN

Dans le cadre de la saisie de données signalétiques selon l'art. 260 CPP, en plus de la saisie du signalement, des empreintes digitales et palmaires sont prélevées sur le suspect. Cette mesure est ordonnée par la police²³. Si c'est nécessaire à l'élucidation de l'infraction, le ministère public ordonne que le profil d'ADN du suspect soit en plus établi (art. 255, al. 1 en relation avec l'art. 198, al. 1, let. a, CPP). Quand le suspect a été pris en flagrant délit et que l'élucidation de l'infraction en soi ne nécessite donc pas qu'un profil soit dressé, l'établissement et la conservation d'un profil d'ADN sont proportionnels, en vertu de la

¹⁷ Concernant ces bases scientifiques, cf. message relatif à la loi sur les profils d'ADN, FF 2001 25 ss.

¹⁸ *Wirth/Schmeling*, p. 324

¹⁹ *Butler*, p. 9

²⁰ Les laboratoires d'analyse reconnus par le DFJP sont listés à l'adresse suivante: www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/sicherheit/personenidentifikation/dna-profile/die_dna-analyselabors.html.

²¹ RS 363.1

²² Une fois que la révision totale de la LAGH sera entrée en vigueur, le Service de coordination, au travers du nouvel art. 10, al. 2 et 3, de la loi sur les profils d'ADN, sera formellement réglé par une base légale (FF 2018 3651 [projet sujet au référendum]).

²³ Art. 4, al. 1, let. g, de l'ordonnance du 6 décembre 2013 sur le traitement des données signalétiques biométriques (RS 361.3); cf. aussi Commentaire bâlois du CPP-*Bruno Werlen*, art. 260 note 3

jurisprudence du TF, s'il existe des indices sérieux et concrets que le prévenu pourrait être impliqué dans d'autres infractions d'une certaine gravité, déjà commises ou futures²⁴.

S'il ressort une concordance de la comparaison (1:1 ou 1:n) du profil d'ADN d'une trace d'origine inconnue avec le profil d'ADN d'une personne précise, l'auteur de la trace, ou "source de la trace", en est par là identifié. Le profil d'ADN mis en évidence est un moyen de preuve en ce sens. La question de savoir si cette personne est aussi l'auteur de l'infraction relève de la recherche de la vérité matérielle dans le cadre de la procédure pénale²⁵.

En Suisse chaque jour, une quinzaine de traces en moyenne prélevées sur les lieux d'une infraction peuvent être attribuées après comparaison dans le système d'information, et plus de quatre traces d'ADN concordent avec d'autres traces, établissant ainsi un lien, par exemple entre différents lieux d'infraction²⁶.

Les principales infractions (éléments constitutifs d'infractions) donnant lieu à l'établissement de profils d'ADN sont le vol (art. 139 du code pénal, CP²⁷) et le "vol par effraction" (association de vol et de violation de domicile au sens de l'art. 186 CP, éventuellement liée à des dommages à la propriété selon l'art. 144 CP). En 2018, 16 % des concordances trace/personne dans le système d'information concernaient le vol et 51 % le vol par effraction. Les actes de violence grave sont bien plus rarement commis, ce qui explique aussi le nombre moins élevé de concordances: meurtre/homicide (art. 111 CP et certains autres éléments constitutifs d'infractions): 1,5 %; brigandage (art. 140 CP): 3,0 %; viol (art. 190 CP) et autres infractions contre l'intégrité sexuelle: 2,1 %²⁸.

Dans le message relatif à la création de la loi sur les profils d'ADN, le Conseil fédéral a montré en l'an 2000, en s'appuyant sur l'expérience que d'autres pays avaient acquise de l'analyse forensique de l'ADN introduite une quinzaine d'années plus tôt, dans quels cas le recours à cet instrument se justifie notamment:

- "les délits particulièrement graves contre la vie et l'intégrité corporelle, délits au cours desquels les auteurs et les victimes se heurtent avec violence, au sens strict du terme, et laissent des traces sur l'autre partie, de même que dans l'environnement;
- les délits contre le patrimoine, au cours desquels les auteurs laissent des traces, soit en se livrant à des actes de violence sur des objets, soit par inattention;
- lors de la récidive des délits susmentionnés par les mêmes auteurs (criminels en série ou récidivistes) ou par les mêmes groupes d'auteurs (bandes de cambrioleurs)"²⁹.

Les Chambres fédérales, lors de la création de la loi, n'ont pas contredit l'utilité particulière de l'analyse de l'ADN aux fins de la poursuite pénale³⁰. Après plus de dix-huit ans d'utilisation du profil de l'ADN en

²⁴ Arrêt 1B_185/2017, consid. 3, du 21 août 2017

²⁵ BO 2002 N 1230 (intervention de la cheffe du DFJP, la conseillère fédérale Ruth Metzler). Cf. aussi *Voser*, DNA-Analysen (Art. 255-259), dans: Albertini Gianfranco/Fehr Bruno/Voser Beat, *Polizeiliche Ermittlung – Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zurich 2008, p. 379.

²⁶ fedpol, Identification biométrique, statistique de l'année 2018, sur: www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/sicherheit/personenidentifikation/dna-profile/anzahl_identifikationen.html

²⁷ RS 311.0

²⁸ fedpol, Identification biométrique, statistique de l'année 2018, sur: www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/sicherheit/personenidentifikation/dna-profile/anzahl_identifikationen.html

²⁹ Message relatif à la loi sur les profils d'ADN, FF 2001 22

³⁰ Cf. les interventions lors du débat d'entrée en matière au Conseil national (premier conseil) dans: BO 2002 N 1224 ss.

Suisse, cette appréciation ne peut être que confirmée³¹. L'analyse de l'ADN est devenue indispensable dans la poursuite pénale.

Analyses supplémentaires: détermination du profil d'ADN du chromosome Y et de l'ADN mitochondrial

Grâce à la détermination de l'ADN mitochondrial (ADNmt) et du profil d'ADN du chromosome Y (ADN-Y), il est entre autres possible de déceler des lignées, le premier mettant en évidence l'ascendance maternelle et le second, l'ascendance paternelle³². Ces deux analyses supplémentaires ont leur importance dans l'analyse "classique" de l'ADN visant à identifier le coupable, notamment parce qu'elles permettent d'exclure qu'un profil de trace précis ait un rapport avec l'infraction. Les informations sur les liens de parenté qu'elles fournissent permettent qui plus est de restreindre davantage le cercle des personnes dont l'ADN doit être analysé dans le cadre d'une enquête de grande envergure et d'une recherche élargie en parentèle.

- ***Le profil d'ADN du chromosome Y***

Les hommes possèdent un chromosome X venant de leur mère et un chromosome Y de leur père; les femmes quant à elles reçoivent un chromosome X de leur mère et un autre de leur père. Au cours de l'établissement du profil d'ADN standard, le typage d'une seule région précise des chromosomes sexuels de l'auteur de la trace (région de longueurs de fragments) permet de déterminer le sexe de ce dernier (cf. ci-dessus *Aperçu*). Ce qui est décisif, c'est que seuls les individus de sexe masculin ont un chromosome Y. Le chromosome Y est transmis 1:1 du père à ses fils³³, ce qui signifie que tous les hommes descendant de la même lignée paternelle (père, fils, frères, etc.), indépendamment du degré de parenté et sur toutes les générations, présentent le même profil d'ADN-Y. La comparaison de ces profils ne conduit donc pas à l'identification d'un individu. L'utilité spécifique de l'analyse de l'ADN-Y réside bien plus dans le fait qu'elle permet de replacer des personnes (de sexe masculin) dans une lignée précise³⁴.

Établir des profils de l'ADN-Y fait partie des prestations standard de tout laboratoire forensique d'ADN. C'est d'ailleurs l'une des conditions d'obtention de l'accréditation (art. 7 en relation avec l'art. 1, al. 2, de l'ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN). Cette analyse ne met en évidence que des caractéristiques du chromosome Y (masculin), celles-ci étant de la même nature de STR que pour les seize loci standard.

Aujourd'hui déjà, une analyse du chromosome Y est régulièrement effectuée pour compléter et assurer l'interprétation d'un profil de mélange complexe. C'est surtout dans les infractions sexuelles, mais aussi dans les actes de violence sur des femmes et les féminicides, qu'il n'est pas rare que l'ADN de la victime se superpose à celui de l'homme. Il en résulte une trace de mélange où l'ADN de la femme est excédentaire et à partir de laquelle il n'est pas possible d'établir un profil d'ADN standard. L'analyse de l'ADN-Y permet alors d'examiner et de typer la part d'ADN de l'homme dans la trace, indépendamment de celle de la femme. Elle est par ailleurs utilisée pour identifier des cadavres inconnus.

³¹ Cf. par ex. Commentaire bâlois du CPP-*Christoph Fricker/Stefan Maeder*, remarques introductives à l'art. 255 note 2. Le système d'information fondé sur les profils d'ADN est entré en service le 1^{er} juillet 2000, sur la base de l'ordonnance du 31 mai 2000 sur le système d'information fondé sur les profils d'ADN (ordonnance ADNS), limitée au 31 décembre 2004 (RO 2000 1715). Des analyses de l'ADN étaient toutefois déjà effectuées avant la création de cette banque de données.

³² *Butler*, p. 363. C'est pourquoi ces marqueurs sont appelés *lineage markers* ("marqueurs de lignée", op. cit.).

³³ Et ce, au contraire des loci STR, sur la base desquels le profil d'ADN est établi: ils se modifient de génération en génération, en raison des lois de l'hérédité.

³⁴ Cf. en détail *Coquoz et al.*, p. 159 ss

- *L'analyse de l'ADN mitochondrial*

L'ADNmt se trouve hors du noyau cellulaire dans les mitochondries, lesquelles assurent l'apport en énergie d'une cellule. Son analyse est très complexe.

Au contraire du profil de l'ADN-Y, l'analyse de l'ADNmt n'est pas traitée dans l'actuelle ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN; elle ne fait donc pas non plus partie de la liste des prestations que doit fournir un laboratoire pour être accrédité (concernant cette liste: art. 2 à 8 en relation avec l'art. 1, al. 2, de l'ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN). En voici la raison: lors de la création de l'ordonnance en 2005, cette analyse n'était encore guère effectuée en Suisse. Même aujourd'hui, parmi les laboratoires reconnus, seuls celui de Lausanne et celui de Zurich la proposent. Cette procédure d'analyse sera intégrée dans l'ordonnance lorsque cette dernière sera adaptée dans le sillage de la création du droit d'exécution concernant la présente modification de la loi sur les profils d'ADN.

En forensique, concrètement, l'analyse de l'ADNmt n'est effectuée que dans des cas exceptionnels lors de l'examen de traces relevées sur les lieux d'une infraction. Elle est pourtant d'une utilité toute spécifique. L'ADNmt étant présent en grande quantité dans chaque cellule, il peut être typé souvent même si l'ADN nucléaire n'est disponible qu'insuffisamment ou est grandement dégradé. Par exemple, si un cheveu prélevé sur une victime n'a plus de racine, il reste possible malgré tout d'analyser l'ADN contenu dans les mitochondries en dehors du noyau. L'ADNmt permet par ailleurs de mettre en évidence des configurations de parenté, puisqu'il est hérité via la lignée maternelle en tant que molécule intégrale, donc de la mère à ses enfants (fils et filles, héritage maternel). C'est pourquoi cette analyse se prête particulièrement à la recherche de frères et sœurs, dans la mesure où ces derniers, hommes et femmes, ont hérité de leur mère le même ADNmt. Une femme possède donc le même ADNmt que ses enfants, que les enfants de ses filles, et ainsi de suite de génération en génération, jusqu'à l'éventuelle survenance d'une mutation. L'ADNmt permet ainsi de recourir également à des parents éloignés dans la lignée maternelle pour identifier un individu inconnu de sexe féminin³⁵. Les calculs de probabilité fondés sur une séquence précise d'ADNmt ont valeur de preuve. Cette caractéristique de l'ADNmt est particulièrement pertinente dans les recherches élargies en parentèle si le profil de trace provient d'une femme (cf. plus en détail ci-après *ch. 2.1.3*).

Le résultat de l'analyse de l'ADNmt est la détermination de l'"haplotype" (mot-valise formé à partir de l'anglais *haploid genotype*, ou génotype haploïde). L'haplotype d'une personne donnée découle de la mention des positions pour lesquelles l'échantillon possède un nucléotide différent de celui détecté dans la séquence de référence de Cambridge révisée (rCRS).

L'haplotype mis en évidence est utilisé pour des comparaisons 1:1. Au contraire du profil de l'ADN-Y, il n'a pas la forme d'un simple code numérique, mais celle d'un rapport établi par le laboratoire d'analyse. Pour cette raison formelle, il ne peut servir à la comparaison dans un système d'information. Cette analyse spéciale de l'ADN n'étant guère effectuée dans la pratique, il n'y aurait de toute façon pas de données pertinentes suffisantes pour effectuer des comparaisons régulières. Il est donc renoncé à saisir le résultat de l'ADNmt dans le système d'information visé à l'art. 10 de la loi sur les profils d'ADN.

³⁵ *Wirth/Schmeling*, p. 328. Concernant l'ADN mitochondrial en général: *Beck*, p. 61s.; *Butler*, p. 363 et 375; *Coquoz et al.*, p. 31s. et 151 ss

1.2 Relation avec le programme de la législature ainsi qu'avec les stratégies du Conseil fédéral

Le présent projet n'est annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019³⁶ ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019³⁷. Il vient mettre en œuvre des interventions parlementaires (cf. ci-après *ch. 1.3*).

Il n'y a pas de recoupement avec une stratégie en cours du Conseil fédéral.

1.3 Classement d'interventions parlementaires

Le présent projet de loi met en œuvre la motion 15.4150 Vitali "Pas de protection pour les criminels et les violeurs" et le postulat 16.3003 de la CAJ-N "Analyse des délais de conservation des profils ADN".

2 Présentation du projet

2.1 Réglementation proposée

2.1.1 Le phénotypage

Aperçu

Le phénotypage désigne le procédé spécifique par lequel, au moyen d'une analyse génético-moléculaire de traces d'ADN, des constatations peuvent être faites, avec une grande fiabilité, sur l'apparence morphologique de la source de la trace, comme la couleur de ses cheveux, de ses yeux ou de sa peau, pour appuyer ainsi la recherche de l'auteur de l'infraction. Le phénotypage se différencie donc fondamentalement – sur le plan qualitatif – du profil d'ADN: les caractéristiques morphologiques apparentes mises en évidence à partir de l'ADN au moyen d'un phénotypage chez une personne encore inconnue ne sont *pas propres à l'individu*, et ne peuvent donc pas être attribuées à une personne en particulier de manière univoque. Par exemple, si une couleur d'yeux bleu vert a été mise en évidence à partir de l'ADN, il est clair que de nombreuses personnes dans la société présentent cette caractéristique. Si des témoignages sur l'apparence morphologique de l'auteur présumé font défaut, se contredisent ou sont grevés d'incertitudes, ou en l'absence d'enregistrements de vidéosurveillance, etc., le phénotypage peut rester le seul moyen d'obtenir des pistes concrètes en vue de recherches. Il permet aussi de confirmer une information ou de la compléter. Au contraire du profil d'ADN, propre à un individu, le phénotypage n'est ici pas un moyen de preuve, mais "seulement" un instrument de recherche.

Dans le projet de la loi sur les profils d'ADN déjà, selon le message y relatif du 8 novembre 2000, le Conseil fédéral avait proposé que les caractéristiques personnelles ne puissent qu'"exceptionnellement"

³⁶ FF 2016 981

³⁷ FF 2016 4999

être mises en évidence à partir de l'ADN³⁸. Les Chambres fédérales avaient toutefois supprimé cette clause du projet de loi, avançant que l'analyse des séquences codantes nécessaires à cette fin posait elle aussi des problèmes de protection des données. Il avait en outre été constaté qu'à l'époque, aucun procédé technique au point ne permettait de réaliser des phénotypages³⁹. La situation a changé concernant ces deux aspects, puisque de tels procédés existent aujourd'hui. Et une réglementation stricte du phénotypage, assortie de garde-fous tenant compte de l'atteinte aux droits fondamentaux liée à cet instrument, permet d'exclure le risque que les autorités de poursuite pénale n'explorent l'ADN de manière illicite pour mettre en évidence des informations personnelles.

Les bases génético-moléculaires du phénotypage

L'utilité du phénotypage aux fins de la poursuite pénale réside dans le fait que les caractéristiques morphologiques d'une personne sont en grande partie codées dans les gènes.

Le sexe est le seul trait phénotypique qui, selon le droit en vigueur, peut déjà être mis en évidence (art. 2, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN; cf. ci-dessus *ch. 1.1.4, Aperçu*).

Outre les loci STR, dont la longueur varie (cf. ci-dessus *ch. 1.1.4, Les bases génético-moléculaires du profil d'ADN*), l'ADN renferme un autre type de polymorphisme, qui consiste en la variation d'une seule paire de bases: l'une des quatre bases A, C, G et T est échangée au sein d'une séquence (par ex. A au lieu de G), d'où le "polymorphisme de séquence"⁴⁰. De telles variantes sont ainsi nommées "polymorphismes nucléotidiques" (ou *single nucleotide polymorphisms, SNP*, prononcé "Snip").

Dans de vastes études sur la population portant sur de nombreuses personnes-test, études appelées "études d'association pangénomiques", la recherche s'est penchée et se penche sur la question de savoir quels SNP présentant une caractéristique physique précise, comme la couleur des yeux, apparaissent le plus souvent et sont ainsi corrélés avec cette caractéristique physique. S'agissant des caractéristiques physiques qui ne sont déterminées que par peu de gènes, comme la couleur des yeux, de tels SNP corrélateurs sont assez faciles à trouver. Dans de nombreuses caractéristiques physiques toutefois, la base génétique est bien plus complexe, et plusieurs centaines de gènes peuvent avoir une influence. Un projet financé par l'Union européenne (UE) et mené à l'échelon de l'Europe (*VISible Attributes Through Genomics [VISAGE] Consortium*) porte actuellement sur l'optimisation de procédés existants et la mise en place de nouveaux procédés en vue de prédire d'autres caractéristiques morphologiques apparentes, l'origine biogéographique au niveau continental et subcontinental ainsi que l'âge.

³⁸ Art. 2, al. 2, du projet de loi sur les profils d'ADN de l'an 2000: "Il est interdit, lors de l'analyse de l'ADN, de chercher à déterminer l'état de santé ou d'autres caractéristiques propres à la personne en cause, à l'exception de son sexe. Des séquences codantes de l'ADN peuvent exceptionnellement être analysées pour élucider un crime si cela est nécessaire pour identifier son auteur ou pour administrer des preuves" (FF 2001 50). Le texte ne précise pas quelles sont les caractéristiques qui peuvent être déterminées. Dans le message relatif à la loi cependant, le Conseil fédéral avait estimé que la "couleur des yeux, celle des cheveux ou de la peau sont, par exemple, des indications utiles pour l'identification car elles constituent un support visuel" (FF 2001 34).

³⁹ Au sujet de l'exclusion d'une analyse des séquences codantes de l'ADN, cf. les interventions suivantes dans le cadre des débats parlementaires: BO 2002 N 1224 (intervention Lauper), 1225 (Aeppli Wartmann), 1227 (Gutzwiller), 1229 (de Dardel).

⁴⁰ *Butler*, p. 342; *Wirth/Schmeling*, p. 324

Les caractéristiques individuelles dans le phénotypage

La couleur des yeux de l'auteur de la trace a été la première caractéristique individuelle pour l'analyse de laquelle des technologies et des méthodes ont pu être mises au point; c'était en 2011. Aujourd'hui, des procédés d'analyse validés pour une application forensique permettent de prédire d'autres caractéristiques physiques.

- *Couleur des yeux*

S'agissant de la détermination de la couleur des yeux, il existe actuellement un procédé (IrisPlex) qui permet de phénotyper six SNP informatifs en même temps. Les couleurs bleue et brun foncé, grâce à ses six SNP, peuvent être déterminées avec une précision d'environ 90 à 95 %. Les couleurs intermédiaires (verts ou gris mélangés par ex.) sont plus difficiles à prédire.

- *Couleur des cheveux*

Le typage de 24 SNP précis au total au moyen d'un procédé développé (HIrisPlex) permet de détecter simultanément la couleur des yeux et des cheveux à partir d'une trace biologique. Les couleurs de cheveux roux, blond, châtain et noir peuvent être prédites avec une grande fiabilité (blond: environ 69 %, châtain: 78 %, roux: 80 %, noir: 87 %). Il faut tenir compte du fait qu'une partie de la population aux cheveux blonds connaît pendant l'adolescence un changement de couleur vers le blond foncé / châtain.

- *Couleur de la peau*

Les couleurs de peau blanche et noire très prononcées peuvent être décelées avec une très grande vraisemblance. Les tests aujourd'hui disponibles permettent également de classer les différentes couleurs intermédiaires entre le foncé et le clair. Dans le détail, la probabilité de prédiction du blanc est actuellement de 98 %, du noir de 95 % et des couleurs métisses de 84 %. Le système d'analyse précité HIrisPlex a entretemps été développé: grâce à HIrisPlex-S, il est possible aujourd'hui d'analyser simultanément la couleur des yeux, des cheveux et de la peau au moyen du typage de 41 SNP.

- *Origine biogéographique*

Des caractéristiques spécifiques de l'ADN permettent de prédire si une personne vient d'Europe, d'Afrique, d'Asie de l'Est, d'Asie du Sud ou d'Asie du Sud-ouest ou si elle appartient à une population indigène d'Océanie ou d'Amérique. Cette information est particulièrement utile pour la poursuite pénale: par exemple, on trouve des personnes aux cheveux noirs et aux yeux bruns sur tous les continents; seule la détermination de l'origine permet alors d'obtenir une délimitation géographique plus précise. De même, un résultat d'analyse "peau brune" peut avoir deux causes très distinctes: les parents de la personne concernée sont originaires de différents continents (par ex. Afrique – noir, Europe – blanc) ou celle-ci vient d'une région où la population a majoritairement la peau brune (l'Inde par ex.). L'analyse de l'origine biogéographique est l'unique moyen de savoir laquelle des deux possibilités est vraie. Aux Pays-Bas, qui sont pionniers en matière de phénotypage, l'origine biogéographique (en plus du sexe) a été la première caractéristique morphologique apparente dont la mise en évidence a été inscrite dans la loi aux fins de la poursuite pénale (cf. ci-après *Comparaison avec le droit étranger*).

- *Âge*

Tout au long de la vie, les activités des gènes peuvent changer, du fait, selon le marqueur, d'une modification chimique croissante ou décroissante (méthylation) de certaines séquences de l'ADN.

La séquence d'ADN (suite de paires de bases) reste toutefois inchangée. La modification du profil de méthylation permet d'estimer l'âge d'une personne. L'analyse de la méthylation est aujourd'hui la méthode la plus prometteuse à cette fin. Grâce à elle, il est possible de définir l'âge de l'auteur de la trace à quatre ou cinq ans près (plus ou moins) pour la tranche 20-60 ans environ. Chez les personnes plus jeunes ou plus âgées, les écarts peuvent être plus grands, en raison par exemple de la croissance ou d'une maladie.

Le phénotypage comme instrument de la poursuite pénale

Si une trace a pu être mise en sûreté sur le lieu de l'infraction, sur la victime, etc., trace dont on peut supposer qu'elle a été laissée par le coupable, la première étape consiste toujours, sur la base de l'art. 255 CPP, à établir un profil de trace d'ADN, qui est ensuite comparé dans le système d'information visé à l'art. 10 de la loi sur les profils d'ADN. De toutes les applications de l'analyse de l'ADN, seule la recherche régulière dans le système d'information au moyen du profil d'ADN standard donne un résultat clair (concordance/non-concordance) en très peu de temps. Dans le meilleur des cas, le profil de trace concorde avec le profil d'une personne déjà nommée dans le système d'information, de sorte que la trace en est ainsi élucidée et son auteur identifié. En revanche, si la recherche n'aboutit à aucune concordance, le criminel inconnu doit être recherché sur la base d'un signalement existant et/ou d'autres indices pertinents⁴¹. C'est en général la tâche de la police dans le cadre d'investigations (pour identifier les suspects), en vertu de l'art. 306, al. 2, let. b, CPP⁴². Ce sont ces mesures de recherches qui seront dorénavant soutenues par le phénotypage.

Le phénotypage est ainsi utilisé en soutien direct aux enquêtes. Il permet de cibler le cercle potentiel des coupables, raison pour laquelle il est aussi appelé "accélérateur d'enquête"⁴³. En règle générale, les informations obtenues à partir d'un phénotypage ne sont pas la seule et unique base des recherches; elles sont associées à d'autres pistes pertinentes, comme des déclarations de témoins oculaires ou des images de vidéosurveillance, pour dessiner un tableau d'ensemble. Le phénotypage est subsidiaire: il n'est employé que si les éléments obtenus à partir des sources "classiques" utilisées dans les recherches (déclarations de témoins, images de vidéosurveillance, etc.) ne suffisent pas à cibler les enquêtes, se contredisent voire font défaut. C'est dans ces cas-là qu'il peut déployer son plein potentiel. Au contraire des témoignages oculaires, qui peuvent être grevés d'incertitudes en raison de leur subjectivité, le phénotypage se fonde sur des procédés scientifiques et donc vérifiables. Comme indiqué toutefois, les valeurs de probabilité de ces derniers divergent selon la caractéristique analysée. Il faut en outre tenir compte du fait que la personne concernée peut avoir modifié elle-même certaines de ses caractéristiques apparentes (par ex. la couleur de ses cheveux) pour rester incognito.

Le viol et le meurtre de Marianne Vaatstra en 1999, alors qu'elle avait 16 ans, aux Pays-Bas témoigne de l'utilité concrète du phénotypage: le premier soupçon s'était porté sur les résidents d'un centre de requérants d'asile situé à proximité. Une première enquête ADN de grande ampleur dans le périmètre du lieu de l'infraction n'avait rien donné. Dans ce contexte, les autorités de poursuite pénale avaient décidé, d'ailleurs pour la toute première fois, de phénotyper les traces de sang et de sperme mises en sûreté. Avec

⁴¹ Le système de recherches informatisées de police RIPOL dispose d'une catégorie "Infractions non élucidées", où il est possible de signaler des auteurs d'infraction inconnus (art. 3, let. h, de l'ordonnance du 26 octobre 2016 sur le système de recherches informatisées de police, ordonnance RIPOL; RS 361.0).

⁴² Schmid/Jositsch-Praxiskommentar, art. 210 note 4

⁴³ Vincent Castella, RTS, "La Matinale", 21 mai 2019

pour résultat que l'auteur venait d'Europe occidentale. Cette analyse avait permis de délimiter les investigations suivantes. Le coupable avait fini par être identifié en 2012 grâce à une correspondance dans le cadre d'une enquête ADN de grande envergure.

Le phénotypage peut en outre aider à identifier des corps de victimes inconnues ou à l'état de squelette ou des personnes disparues (art. 6, al. 3, de la loi sur les profils d'ADN) en fournissant des indices sur l'apparence probable de la personne concernée⁴⁴. Enfin, il est particulièrement utile en rapport avec une enquête de grande envergure selon l'art. 256 CPP ou l'art. 3, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN, puisqu'il permet de délimiter plus encore le cercle des personnes dont le profil d'ADN doit être établi, notamment sur la base de l'âge de l'auteur de la trace. C'est là d'ailleurs en partie le plus gros potentiel du nouveau procédé d'analyse⁴⁵. Comme déjà indiqué (cf. ci-dessus *Aperçu*), les informations obtenues ne sont pas propres à un individu. Elles n'ont donc aucune valeur probante pour ce qui est de l'identification formelle d'un criminel; elles représentent seulement – mais tout de même – des pistes pour d'autres investigations.

Le phénotypage se heurte par ailleurs à des limites factuelles dans la pratique: la trace à analyser doit contenir suffisamment d'ADN de qualité. Or l'expérience montre que le matériel de trace n'est généralement disponible qu'en quantité limitée. Souvent, l'ADN est épuisé déjà après l'établissement du profil standard. Par ailleurs, des informations pertinentes ne peuvent être obtenues qu'à partir de traces simples. Les traces de mélange, qui se composent de l'ADN de plusieurs personnes, ne peuvent pas être utilisées pour un phénotypage.

Les garde-fous juridiques selon la réglementation proposée

Le phénotypage est ordonné par le ministère public en vertu de l'art. 255 CPP, à l'instar du profil d'ADN, mais à l'inverse de ce dernier, il ne peut être utilisé que pour élucider un crime (peine privative de liberté de plus de trois ans; art. 10, al. 2, CP) et non un délit (peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou peine pécuniaire; art. 10, al. 3, CP). Le principe de proportionnalité (art. 197, al. 1, let. d, CPP), selon lequel la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux induite par une mesure de contrainte correspond à la gravité de l'infraction pour l'élucidation de laquelle l'instrument peut être utilisé, en est ainsi respecté. Pour la grande majorité des délits, la gravité de la violation du droit ne justifie pas un phénotypage.

La réglementation légale porte en outre sur les points-clefs suivants:

- Seules peuvent être mises en évidence les caractéristiques morphologiques apparentes, c'est-à-dire celles qu'un témoin oculaire pourrait constater.
- Ces caractéristiques sont listées une à une et de manière exhaustive dans la loi.
- Elles sont les suivantes: la couleur des yeux, des cheveux et de la peau, l'origine biogéographique ainsi que l'âge biologique.
- Le résultat de l'analyse sert exclusivement aux recherches. Il ne peut être utilisé que dans le seul et unique cadre de la procédure pénale concernée. Il n'est enregistré dans aucun système d'information de police et notamment pas dans le système d'information fondé sur les profils d'ADN visé à l'art. 10 de la loi sur les profils d'ADN.

⁴⁴ Pflugbeil et al., p. 95

⁴⁵ Par ex. Maren Beck, Forensic DNA-Phenotyping – Bestimmung äusserer Merkmale aus der DNA, Kriminalpolitische Zeitschrift 3/2017, p. 160 ss, 163, sur: <http://kripoz.de/wp-content/uploads/2017/05/beck-forensic-dna-phenotyping.pdf>

À quoi il faut ajouter une réglementation des éventuelles "informations excédentaires", c'est-à-dire des informations provenant du patrimoine génétique et pouvant apparaître dans le cadre d'une mise en évidence de SNP alors qu'elles n'étaient pas recherchées. On pense par exemple à des informations pouvant indiquer que la personne concernée encourt un risque accru de cancer.

Perspectives: développement du phénotypage

L'analyse de l'ADN devrait dans l'ensemble fortement se développer ces prochaines années. Un phénomène que l'on observe dans le domaine du séquençage à haut débit (*next-generation sequencing, NGS*), déjà bien répandu dans l'analyse médicale du génome mais aussi pertinent pour la génétique moléculaire forensique⁴⁶. S'agissant du phénotypage, des marqueurs afférents à des traits phénotypiques supplémentaires seront développés, sur la base d'études d'association pangénomiques, comme la forme (morphologie) du visage ou la taille.

Comparaison avec le droit étranger

Les *Pays-Bas* sont les premiers à avoir formellement réglementé le phénotypage dans leur code de procédure pénale; c'était en 2003⁴⁷. Le texte de loi cite expressément le sexe et l'origine biogéographique comme caractéristiques pouvant être déterminées (à l'époque, c'étaient les seules caractéristiques pour lesquelles des analyses au point sur le plan technico-scientifique existaient aux fins de la poursuite pénale). Dans le même temps, la loi prévoit généralement que des caractéristiques morphologiques apparentes peuvent être analysées, à la condition que toutes les autres caractéristiques similaires aient fait l'objet, au cas par cas, d'une procédure d'autorisation spécifique. Les amendements en ce sens à la loi doivent être adoptés par la Seconde Chambre du Parlement (qui correspondrait au Conseil national suisse), sur demande du ministère de la Justice. En suivant cette procédure, la Seconde Chambre a approuvé, en 2012, la couleur des yeux comme caractéristique, et en 2017, celle des cheveux. La procédure d'autorisation afférente à la couleur de la peau a été ouverte en 2018. Le phénotypage a été utilisé dans une bonne trentaine de cas à ce jour. En *Slovaquie*, une réglementation légale du phénotypage est en vigueur depuis mai 2018. Elle autorise la mise en évidence, au moyen d'une analyse de l'ADN, de caractéristiques morphologiques personnelles pour élucider des infractions particulièrement graves contre la vie et l'intégrité physique, la liberté et la dignité humaine ainsi que pour identifier un cadavre ou des parties d'un corps démembré⁴⁸.

L'instrument est aussi utilisé au *Royaume-Uni* et aux *États-Unis*, ces deux pays ne disposant pas de réglementation formelle induisant une interdiction du phénotypage. Il en va de même de la *France*, dont la législation ne limite pas expressément l'analyse de l'ADN aux séquences non codantes, et qui a exploité la marge d'appréciation existante pour autoriser le phénotypage sur la base de la décision d'un tribunal⁴⁹. En France toujours, il a depuis été demandé que l'instrument soit intégré dans une réglementation légale formelle⁵⁰.

⁴⁶ Cf. sur le séquençage à haut débit: message du 5 juillet 2017 concernant la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, FF 2017 5261.

⁴⁷ Loi du 8 mai 2003 sur la détermination de caractéristiques personnelles observables à partir de matériel cellulaire (traduction libre; Institut suisse de droit comparé [ISDC], Avis 17-028 du 28 septembre 2017, p. 60); Beck, p. 55

⁴⁸ Traduction libre à partir d'une traduction anglaise libre de la disposition slovaque; concernant cette dernière, cf.: *Gabrielle Samuel/Barbara Prainsack*, The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe VISAGE, novembre 2018, p. 3, sur: www.visage-h2020.eu/ > Reports.

⁴⁹ Arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle) du 25 juin 2014, sur: www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029152345&fastReqId=1622039649&fastPos=1

⁵⁰ Cf. *Claudia Riccardi et Ludvine Richefeu*, Les nouvelles utilisations de la génétique dans le cadre de la procédure pénale, dans: RSC Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, avril-juin 2018, p. 331 ss, 335.

Pour ce qui est de l'*Autriche* en revanche, il est parti du principe que la description restreinte du but d'utilisation de l'analyse de l'ADN dans le code de procédure pénale en vigueur ne permet pas une extension au phénotypage. Le droit *allemand* non plus n'autorise pas cet instrument, mais une éventuelle modification de la loi est toutefois en discussion: le Bade-Wurtemberg a déposé en 2017 au Parlement (*Bundesrat*) une proposition de loi portant sur l'introduction du phénotypage⁵¹. Depuis, le gouvernement fédéral propose, dans le cadre d'une information du *Bundestag* sur les points-clefs de la modernisation de la procédure pénale, une adaptation du code de procédure pénale de sorte que les analyses génético-moléculaires sur du matériel trouvé, mis en sûreté ou mis sous séquestre puissent aussi être autorisées pour déterminer la probable couleur de la peau, des yeux et des cheveux de l'auteur de la trace ainsi que son âge⁵².

2.1.2 Examen des délais de conservation des profils d'ADN (rapport de mise en œuvre du postulat 16.3003)

Les grandes lignes de la réglementation en vigueur

La réglementation de l'effacement des profils d'ADN selon la loi en vigueur repose sur le principe suivant: un large enregistrement de profils d'ADN correspondants, assorti néanmoins de règles d'effacement très claires tenant compte de la protection des données personnelles⁵³. Par "large enregistrement", il faut comprendre que l'établissement et la conservation du profil d'ADN sont autorisés pour tous les éléments constitutifs des infractions relevant des crimes et des délits, et qu'il n'y a donc pas de liste des infractions concernées. Ce en raison du constat, toujours valable, que des traces d'ADN provenant d'infractions graves peuvent de nouveau être identifiées par des concordances avec des personnes dont le profil avait été établi par le passé, sur la base d'une infraction comparativement mineure, et enregistré dans le système d'information⁵⁴. Élément central de la réglementation claire en matière d'effacement: le profil d'une personne est effacé d'emblée et non pas une fois que cette dernière en fait la demande.

Système d'information fondé sur les profils d'ADN, enregistrement et effacement des données

Les profils d'ADN de personnes et de traces sont traités sous la forme d'un code alphanumérique (cf. ci-dessus *ch. 1.1.4, Aperçu*) dans le système d'information ad hoc visé à l'art. 10 de la loi sur les profils d'ADN. Ce système travaille avec le logiciel CODIS (*Combined DNA Index System*). Les données relatives à une personne ou à un cas (s'il s'agit d'une trace) contenues dans un profil d'ADN sont enregistrées dans un système d'information indépendant et physiquement séparé, le système informatisé de gestion et d'indexation de dossiers et de personnes de fedpol (IPAS), en vertu de l'art. 19 de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP)⁵⁵. Le fait que les profils d'ADN et les données y afférentes (relatives à une personne ou à une trace) sont conservés de manière strictement séparée est justifié par la protection des données, mais aussi par l'assurance de la qualité: lors du traitement du profil au laboratoire d'analyse de l'ADN, les éventuelles erreurs d'interprétation dues à une partialité ou à une méconnaissance du dossier sont ainsi évitées. Les profils d'ADN dans CODIS et les données

⁵¹ Proposition du Bade-Wurtemberg du 3 février 2017 concernant un projet de loi sur l'extension de l'ampleur des analyses de matériel composé d'ADN, Bundesrat, Drucksache 117/17, sur: www.bundesrat.de/SharedDocs/beratungsvorgaenge/2017/0101-0200/0117-17.html

⁵² Bundestags-Drucksache 19/10388 du 16 mai 2019. Notons en outre que le Land de Bavière, par la loi du 18 mai 2018, a introduit le phénotypage de la couleur des yeux, des cheveux et de la peau ainsi que de l'âge à des fins de *prévention des menaces*.

⁵³ BO 2002 N 1227 et 1249 (interventions Gutzwiller)

⁵⁴ Cf. à ce sujet BO 2002 N 1243 (intervention Gutzwiller).

⁵⁵ RS 361

relatives aux personnes ou aux traces dans IPAS sont reliés par un seul et même numéro d'identification (*Process Control Number, PCN*, ou numéro de contrôle de processus). Seul fedpol est en droit (et techniquement en mesure) de relier les profils d'ADN avec les données de personnes ou de traces y afférentes (art. 10, al. 5, de l'ordonnance sur les profils d'ADN).

De son établissement, en passant par son traitement dans le système d'information, jusqu'à son effacement, le traitement d'un profil d'ADN se compose des différentes étapes suivantes:

- (1) Les autorités compétentes, selon le droit en vigueur sur l'établissement de profils d'ADN, c'est-à-dire la police et le ministère public⁵⁶, le Corps des gardes-frontière (Cgfr)⁵⁷ et l'autorité compétente de la Principauté de Liechtenstein⁵⁸ (ci-après regroupées sous "autorité qui a ordonné la mesure"), prélèvent l'échantillon sur la personne concernée ou le mettent en sûreté en tant que trace sur le lieu de l'infraction. L'échantillon est pourvu d'un PCN.
- (2) L'autorité qui a ordonné la mesure remet l'échantillon à un laboratoire reconnu par le DFJP en le chargeant d'en établir le profil d'ADN. Dans le même temps, elle informe fedpol de ce mandat d'analyse et lui communique le PCN. Elle lui transmet également les données de personne ou de trace liées au mandat afin qu'elles soient enregistrées dans IPAS. Dans IPAS, et pour des raisons de sécurité, le profil est pourvu du délai d'effacement de rattrapage de trente ans, en vertu de l'art. 16, al. 3, de la loi sur les profils d'ADN.
- (3) Le laboratoire établit le profil d'ADN (personne ou trace) à partir de l'échantillon et le transmet (toujours marqué du PCN) au Service de coordination de l'Institut de médecine légale de l'Université de Zurich. Il détruit l'échantillon prélevé sur une personne dès que le profil est établi, mais au plus tard trois mois après l'avoir réceptionné (art. 9, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN). Dans le cas d'une trace, il conserve l'ADN non utilisé lors de l'analyse pendant quinze ans, au titre de preuve (art. 6, al. 2, de l'ordonnance sur les profils d'ADN).
- (4) Le Service de coordination effectue la recherche au moyen du profil dans le système d'information. Il informe fedpol du résultat de la comparaison (concordance ou non). S'il y a concordance, il la fait au préalable vérifier par le laboratoire.
- (5) À l'aide du PCN, fedpol relie le profil aux données relatives à des personnes ou à des traces contenues dans IPAS. Le résultat global de la comparaison de profils – concordance (avec les données relatives à des personnes ou à des traces) ou non-concordance – est ensuite communiqué à l'autorité qui a ordonné la mesure.
- (6) L'autorité qui a ordonné la mesure est invitée par fedpol à munir le délai d'effacement standard de trente ans (cf. ci-dessus étape 2 du processus) d'un délai d'effacement spécifique au cas, une demande qui doit être comprise comme soutien apporté à cette autorité dans le processus d'effacement. Les délais communiqués sont indiqués dans IPAS. Les profils d'ADN pour lesquels fedpol n'a encore reçu aucune date d'effacement de la part de l'autorité compétente sont communiqués aux autorités concernées au bout d'un an avec la demande de fournir la date manquante. La plateforme de communication (*jMessage Handler*) basée sur Internet et utilisée pour l'ensemble

⁵⁶ En vertu de l'art. 255 en relation avec l'art. 198 CPP et l'art. 7 de la loi sur les profils d'ADN

⁵⁷ En vertu de l'art. 103 de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD; RS **631.0**) en relation avec l'art. 226, al. 3, let. a et let b, ch. 1, de l'ordonnance du 1^{er} novembre 2006 sur les douanes (OD; RS **631.01**)

⁵⁸ En vertu de l'Accord du 15 décembre 2004 entre la Confédération suisse et la Principauté du Liechtenstein concernant la coopération dans le cadre des systèmes d'information suisses sur les empreintes digitales et les profils d'ADN (RS **0.360.514.1**)

de l'échange d'informations sécurisé entre les autorités concernées génère à intervalles réguliers d'autres demandes de ce type jusqu'à ce que l'indication requise soit donnée.

- (7) Tout au long du "cycle de vie" du profil – de l'enquête au jugement judiciaire passant par toutes les instances jusqu'à l'exécution de la sanction –, l'autorité qui a ordonné la mesure doit vérifier si l'un des cas d'effacement visés aux art. 16 à 19 de la loi sur les profils d'ADN s'est produit. Dans l'affirmative, elle doit en informer fedpol dans les trente jours.
- (8) Conformément au mandat, fedpol efface le profil d'ADN enregistré dans CODIS et les données relatives aux personnes ou aux traces enregistrées dans IPAS. Le processus de traitement d'un profil de trace ou de personne est ainsi définitivement clos. L'autorité qui a ordonné la mesure reçoit une confirmation de l'effacement des données.

Le système d'information fondé sur les profils d'ADN visé à l'art. 10 de la loi sur les profils d'ADN contient à ce jour 193 857 profils de personnes et 84 139 profils de traces⁵⁹. En 2018, 5054 concordances trace/personne et 1517 concordances trace/trace ont été obtenues.

Mandat partiel 1 selon le postulat 16.3003: examen de la non-suppression des profils d'ADN des personnes condamnées

Le droit en vigueur prévoit que les profils d'ADN des personnes condamnées sont effacés selon des délais échelonnés (art. 16, al. 1, let. e à l, et al. 4, de la loi sur les profils d'ADN). En principe, un profil d'ADN doit être supprimé au bout de trente ans (art. 16, al. 3). Il faut maintenir la règle suivante: une non-suppression des profils de personnes condamnées doit être exclue à l'avenir également.

Et ce, en vertu du principe de proportionnalité. Sur ce point, le Conseil fédéral soutient l'argumentation que la CAJ du Conseil national comme celle du Conseil des États ont avancé devant les chambres lors de la discussion de l'initiative parlementaire 13.408 Geissbühler Andrea Martina "Limiter les conditions déterminant l'effacement des profils d'ADN". Le traitement du profil d'ADN dans le système d'information constitue une atteinte à la sphère privée, laquelle est protégée par l'art. 13 de la Constitution (Cst.)⁶⁰ et par l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁶¹. Cette atteinte est proportionnelle à la condition qu'elle soit limitée dans le temps, en fonction de la gravité de l'acte. Les personnes condamnées ont le droit à l'oubli, et donc à l'effacement de leur profil dans le système d'information. Ce qui vaut particulièrement pour les jeunes délinquants. Afin de permettre l'élucidation d'infractions futures, les profils d'ADN doivent pouvoir rester enregistrés dans le système, mais seulement pour une certaine durée clairement définie par la loi, et non durablement⁶². Une conservation durable des profils de personnes condamnées ne ferait de toute façon pas une entorse à la présomption d'innocence (art. 10, al. 1, CPP), laquelle ne protège que les personnes contre qui aucune condamnation pénale n'a été prononcée⁶³.

⁵⁹ État au 31 décembre 2018

⁶⁰ RS 101

⁶¹ RS 0.101

⁶² Rapport de la commission du Conseil national sur: www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2013/Rapport_de_la_commission_CAJ-N_13.408_2014-01-23.pdf; rapport du Conseil des États sur: www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2013/Rapport_de_la_commission_CAJ-E_13.408_2014-10-23.pdf (tous deux consultés en dernier lieu le 10 avril 2018)

⁶³ Cf. Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2008, § 12. Le TF déduit de cet arrêt une reconnaissance de la part de la CourEDH du fait que la conservation de données à caractère personnel ne peut être assimilée à une incrimination de droit pénal (arrêt 1C_598/2016 du 2 mars 2018, consid. 4.2).

Généralement, une atteinte à un droit fondamental est proportionnelle si elle est appropriée et nécessaire à la réalisation de l'objectif⁶⁴. Une étude empirique de l'Université de Lausanne montre certes que le nombre des concordances ADN supplémentaires augmente, comme prévu, en fonction de la durée de conservation des profils de personnes. Toutefois, cette augmentation ralentit clairement à plus long terme; elle ne peut par ailleurs pas être quantifiée, en raison du volume de données limité de l'étude⁶⁵. Par conséquent, la conservation illimitée du profil d'ADN d'une personne condamnée ne peut être considérée comme requise, et donc comme proportionnelle.

Mandat partiel 2 selon le postulat 16.3003: évaluation des différents délais d'effacement dans la loi sur les profils d'ADN

- *Délai d'effacement des profils de traces*

Pour ce qui est des profils de traces (anonymes), le droit en vigueur peut déjà se contenter d'une réglementation succincte valable tant pour les crimes que pour les délits: la trace est effacée dès qu'elle est attribuée, au moyen d'une concordance dans le système d'information, à une personne précise, mais au plus tard au bout de trente ans (sauf en cas de crimes imprescriptibles; art. 18 de la loi sur les profils d'ADN). Ce délai applicable aux profils de traces reste adéquat et ne nécessite donc pas d'être modifié.

- *Réglementation d'effacement des profils de personnes*

Évaluation de la durée de conservation des profils d'ADN dans le système d'information au regard de l'efficacité de la poursuite pénale

Une réglementation de la durée de conservation de données dans un système d'information doit être modifiée s'il s'avère qu'elle est fixée de telle sorte que le but dudit système ne peut être rempli. La réglementation en vigueur de la durée de conservation des profils d'ADN devrait donc être adaptée (prolongée) s'il ressortait de la pratique actuelle que chaque délai de conservation est si court que la poursuite pénale passe à côté de nombreuses concordances, lesquelles auraient pu être mises en évidence si la durée de conservation avait été plus longue. Ce qui n'est pas le cas ici. L'évaluation des délais d'effacement a montré que ces derniers, dans l'ensemble, répondent aux intérêts de la poursuite pénale.

Une normalisation extrêmement détaillée de l'art. 16

La durée de conservation et les délais d'effacement des profils de personnes sont régis aux art. 16 et 17 de la loi sur les profils d'ADN.

La réglementation y afférente repose sur la liste énumérée à l'art. 16, lequel prévoit un délai spécifique pour pas moins de 18 faits différents. Dans l'éventail de ce qui peut être considéré comme proportionnel, cette réglementation, avec son degré de précision très élevé, atteint largement le maximum de l'impératif fondamental selon lequel la durée de conservation de l'information doit être échelonnée en fonction de la gravité de l'acte.

⁶⁴ ATF 120 Ia 147, consid. 2.e

⁶⁵ *Giulia Cinaglia*, Effacement des profils ADN des personnes prévenues. Garantie au droit à l'oubli ou entrave à l'identification des récidivistes?, travail de mémoire, Université de Lausanne, École des sciences criminelles, août 2016. Remarque: en raison du volume limité de données – la loi sur les profils d'ADN est entrée en vigueur il y a quatorze ans –, il n'est pas encore possible aujourd'hui de donner des indications avérées concernant les délais d'effacement supérieurs à quinze ans.

Une mise en œuvre de la réglementation requérant une charge administrative élevée

La mise en œuvre de la réglementation en vigueur en relation avec l'obligation d'effacer d'office s'accompagne d'une charge administrative considérable, un constat qui n'a fait qu'être confirmé ces dernières années. Les Chambres fédérales en avaient bien conscience lorsqu'elles ont délibéré de la loi sur les profils d'ADN⁶⁶.

Les raisons de cette charge administrative élevée

Quelques rares délais d'effacement listés à l'art. 16 de la loi sur les profils d'ADN sont liés à des *cas d'effacement définitifs et non modifiables*. Ici, l'autorité chargée de la mise en œuvre de la réglementation d'effacement peut fixer définitivement, dès que l'événement d'effacement est connu, la date à laquelle le profil sera supprimé du système. Les cas concernés sont les suivants: mise hors de cause et acquittement (effacement immédiat), non-lieu (effacement au bout d'un an) et décès de la personne concernée ("après" réception de l'avis de décès, sans délai plus précis; art. 16, al. 1, let. a à d, de la loi sur les profils d'ADN). Ces quatre délais d'effacement ne posent pas de problème quant à la charge administrative.

En revanche, de nombreux délais d'effacement de l'art. 16, al. 1, dépendent du *cours de l'exécution de la sanction* prononcée à l'encontre de la personne concernée:

- *let. f*: cinq ans après le paiement d'une peine pécuniaire ou la cessation d'un travail d'intérêt général ou cinq ans après l'exécution d'une peine de substitution;
- *let. g*: cinq ans après le paiement d'une amende ou la fin d'une prestation personnelle au sens des art. 23 et 24 du droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMIn)⁶⁷;
- *let. i*: cinq ans après l'exécution d'une mesure de protection au sens des art. 12 à 14 DPMIn;
- *let. j*: dix ans après l'exécution d'une privation de liberté au sens de l'art. 25 DPMIn;
- *let. k*: dix ans après la cessation d'un placement au sens de l'art. 15 DPMIn;
- *let. l*: dix ans après la fin de l'interdiction d'exercer une activité, de l'interdiction de contact ou de l'interdiction géographique au sens des art. 67 et 67b CP, des art. 50 et 50b du code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM⁶⁸) ou de l'art. 16a DPMIn, sous réserve d'un effacement ultérieur au sens de l'al. 4;
- *al. 4*: vingt ans après la libération de la peine privative de liberté ou de l'internement, après l'exécution de la mesure thérapeutique ou l'exécution de l'expulsion.

Pour ces cas-là, l'autorité chargée de l'effacement ne peut pas assortir le profil d'ADN d'une personne X d'un délai d'effacement définitif au moment du jugement déjà, puisque selon le cours de l'exécution de la sanction, le point de départ à partir duquel le délai d'effacement doit être calculé est reporté. Le délai d'effacement d'un profil de personne peut même plusieurs fois changer au long de sa "durée de vie" dans le système d'information.

⁶⁶ Cf. la remarque ad hoc de la conseillère fédérale Metzler lors de l'examen de la loi sur les profils d'ADN au Conseil national (BO 2002 N 1249).

⁶⁷ RS 311.1

⁶⁸ RS 321.0

Voici un exemple fictif: le ministère public fait établir le profil d'ADN du suspect X. L'autorité du canton concerné chargée de la procédure administrative communique à fedpol, pour ce profil, le délai d'effacement standard de trente ans, à compter de la date du traitement signalétique⁶⁹. En première instance, X est condamné à une peine privative de liberté de deux ans avec sursis. Le délai d'effacement standard initial peut à présent être fixé en l'espèce, et l'autorité communique à fedpol le nouveau délai: à la date d'expiration du délai d'épreuve plus cinq ans⁷⁰. X récidive, le juge révoque le sursis. Au début de la peine privative de liberté, l'autorité communique le nouveau délai d'effacement de vingt-deux ans (deux + vingt ans)⁷¹. X commence à purger sa peine, au deux tiers de laquelle (donc au bout de seize mois) il est libéré conditionnellement. Il en résulte un nouveau délai d'effacement: vingt ans, à compter de la date de la libération. À l'écoulement de ces vingt ans, l'autorité demande au tribunal compétent si le profil de X peut être effacé définitivement⁷². Dans l'affirmative, le profil est supprimé. Mais si le tribunal répond par la négative, par exemple par crainte d'une récidive⁷³, le profil reste conservé pour une certaine durée, par exemple cinq ans. L'autorité communique à fedpol ce nouveau délai. Au bout des cinq ans, fedpol demande à l'autorité compétente si le profil peut être effacé.

Le fait que les délais d'effacement précités soient modifiés au fur et à mesure des évolutions du dossier, donc qu'ils soient pour ainsi dire pensés de manière "dynamique", rend complexe la mise en pratique. Car une succession d'autorités, de la police au ministère public en passant par le tribunal et toutes ses instances jusqu'à l'autorité d'exécution des peines et des mesures, intervient dans le processus de traitement. Elles doivent adhérer à un système de communication sans faille, où des adaptations de délais d'effacement peuvent être intégrées et traitées par l'autorité centrale compétente. Chaque canton doit disposer d'un service de coordination central qui communique à fedpol chaque mandat d'effacement de profil. Il est demandé à cette autorité d'effectuer un contrôle constant de chaque profil de personne enregistré dans le système d'information pour lequel "son" canton exerce l'autorité sur les données, ce afin de savoir quand, au cours de l'exécution de la sanction, un événement susceptible de relever de l'effacement se produit⁷⁴.

Évaluation générale

Le respect du principe de proportionnalité requiert d'échelonner la durée de conservation des profils de personnes dans le système selon la nature et la sévérité de la sanction. Il peut donc être tenu compte des divers degrés de gravité des infractions. La réglementation en vigueur en matière d'effacement applique ce principe de manière très différenciée.

⁶⁹ En vertu de l'art. 16, al. 3, de la loi sur les profils d'ADN (délai d'effacement de trente ans); art. 14 de l'ordonnance sur les profils d'ADN

⁷⁰ Art. 16, al. 1, let. e, de la loi sur les profils d'ADN

⁷¹ Art. 16, al. 4, de la loi sur les profils d'ADN

⁷² Art. 15 de l'ordonnance sur les profils d'ADN

⁷³ Art. 17, al. 1, de la loi sur les profils d'ADN

⁷⁴ Cf. art. 12, al. 1, seconde phrase, de l'ordonnance sur les profils d'ADN: "[Les cantons] désignent un service central chargé d'effectuer ces communications." Il est ainsi garanti que fedpol ne dispose que d'un seul interlocuteur par canton. Notons que la situation en matière d'information des services de coordination centraux des cantons sera améliorée dès l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016 sur le casier judiciaire (LCJ) dans la mesure où ils auront alors accès à l'"extrait 2 destiné aux autorités", où ils pourront consulter des données sur des procédures pénales en cours et des décisions de classement (cf. art. 46, let. n, LCJ; FF 2016 4735 [projet sujet au référendum]).

En outre, dans le calcul de la durée de conservation, il est a priori judicieux de se fonder sur l'exécution de la sanction, notamment lorsqu'il s'agit de peines privatives de liberté. Car le maintien de la conservation du profil d'une personne condamnée dans le système d'information sert à rapidement déceler les récidives⁷⁵. L'enregistrement du profil ne peut produire cet effet préventif qu'à partir du moment où la personne condamnée se retrouve en liberté.

La réglementation en vigueur en matière d'effacement doit toutefois être appréciée comme *système global*. Et ce du fait qu'une majorité d'autorités dotées d'une position autonome par le droit organisationnel (police / ministère public, tribunal, exécution des peines) doivent appliquer une liste exhaustive de délais d'effacement divers et dépendants souvent de l'exécution. Le processus d'effacement, du fait de cette réglementation très détaillée associée à une structure administrative complexe, nécessite des ressources considérables, ce qui l'expose aussi aux erreurs.

Ce qui est décisif toutefois, c'est le droit de la personne concernée à l'effacement de son profil dès que la durée de conservation légale échoit. De même, une procédure d'effacement conçue de telle sorte qu'un taux d'erreur proche de zéro puisse être atteint dans la pratique va dans l'intérêt des autorités de poursuite pénale. Un traitement erroné des données peut en effet avoir de graves conséquences à deux égards: la non-suppression d'un profil peut, devant le tribunal, entraîner l'inexploitabilité des moyens de preuve, et la suppression trop précoce d'un profil peut avoir pour suite que des traces d'ADN mises en sûreté dans le futur ne conduisent à aucune concordance comme cela aurait dû être le cas si le profil avait encore été disponible dans le système selon sa durée de conservation légale – dans ce cas d'ailleurs, l'élucidation rapide d'un crime ou d'un délit est entravée si ce n'est empêchée.

Les éléments-clefs de la nouvelle réglementation

- *Maintien des deux piliers de la réglementation en vigueur*

Comme exposé en détail ci-dessus (cf. ci-dessus, *Les grandes lignes de la réglementation en vigueur*), la réglementation en vigueur se fonde sur le principe de l'effacement d'office et sur une liste de différents délais qui sont fonction de la nature et de la sévérité de la sanction. Ces deux piliers sont maintenus.

- *Maintien de la réglementation en vigueur pour les cas d'effacement "mise hors de cause", "acquiescement" et "non-lieu"*

Les trois délais d'effacement visés à l'art. 16, al. 1, let. a, c et d, de la loi sur les profils d'ADN sont maintenus tels quels.

- *Maintien d'une prise en considération particulière des sanctions selon le droit pénal des mineurs*

Le DPMin repose sur l'idée élémentaire que le développement personnel des jeunes gens n'est pas achevé, raison pour laquelle il ne faut pas leur reprocher des actes jusqu'à un âge adulte avancé⁷⁶. Le principe suivant s'applique aux jeunes délinquants: "leur développement et leur intégration dans la société" revêt une grande importance⁷⁷. La proposition d'une nouvelle réglementation des délais de conservation fait par là, elle aussi, la distinction entre auteurs d'infraction mineurs et majeurs.

⁷⁵ Cf. message relatif à la loi sur les profils d'ADN, FF **2001** 36.

⁷⁶ Cf. les explications dans le message du 20 juin 2014 relatif à la loi sur le casier judiciaire, selon quoi la protection de la personnalité "revêt une plus grande importance dans le droit pénal des mineurs que dans celui des adultes en raison notamment du fait que la délinquance des jeunes est souvent un phénomène épisodique" (FF **2014** 5566).

⁷⁷ CourEDH, arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2008, § 124

- *Nouveau – Principe d'une fixation unique et définitive du délai d'effacement – Pas d'adaptations ultérieures*

Premier élément central de la nouvelle réglementation: le délai de conservation doit être fixé à partir d'une date précise – par le tribunal au moment du jugement –, une seule et unique fois et de manière irrémédiable. La durée de conservation ne doit pas (plus) dépendre de l'exécution temporelle de la sanction, ou plus précisément, elle ne doit pas être adaptée ultérieurement sur la base du cours de l'exécution, cours qu'il n'est pas possible de prévoir de manière exacte dans le temps.

- *Nouveau – Réglementation simplifiée de chaque délai de conservation*

L'étendue de chacune des règles d'effacement listées à l'art. 16 de la loi sur les profils d'ADN reste plus ou moins la même. En revanche, au titre de deuxième élément central de la nouvelle réglementation, il est possible de simplifier la formulation de chaque délai de conservation. Plutôt qu'une normalisation de chaque cas d'effacement ("expiration du délai d'épreuve", "paiement d'une peine pécuniaire", etc.), des catégories de sanctions – toujours très différenciées – sont définies et chacune est assortie d'une durée unitaire de conservation.

- *Nouveau – Conservation pendant une durée limitée du profil d'une personne décédée*

Conformément à l'art. 16, al. 1, let. b, de la loi sur les profils d'ADN en vigueur, le profil d'ADN doit être effacé "lorsque la personne en cause est décédée". Aucun délai exact n'est donc indiqué, alors même qu'un effacement rapide est exigé. Or il est dans l'intérêt objectif de la poursuite pénale que le profil d'ADN d'une personne décédée puisse être consulté encore pendant un certain laps de temps, qui doit être proportionnel. Des infractions non résolues doivent encore être élucidées après le décès de la personne concernée, pour que des personnes suspectées à tort soient aussi innocentées. Enfin, une adaptation du délai d'effacement visé à l'art. 16, al. 1, let. b a été discutée lors des délibérations (examen préalable) sur l'initiative parlementaire 13.408 Geissbühler déjà mentionnée⁷⁸. Vu le fait que la protection individuelle s'éteint au décès d'une personne⁷⁹, le Conseil fédéral estime qu'il est défendable de laisser dans le système d'information, pour une durée limitée à dix ans après l'événement, le profil d'une personne décédée (également si le décès survient au cours d'une procédure pénale ou de l'exécution d'une peine ou d'une mesure).

- *Maintien du principe d'unité des délais d'effacement pour toutes les catégories de données signalétiques*

Le postulat 16.3003 porte sur la réglementation de l'effacement des profils d'ADN. Notons ici que cette réglementation s'applique également, depuis le 1^{er} septembre 2014 (entrée en vigueur, après révision totale, de l'ordonnance sur le traitement des données signalétiques biométriques), aux données enregistrées dans le système d'information AFIS, et donc concrètement aux empreintes digitales et aux photographies (cf. art. 17 de l'ordonnance précitée). Une fois que la LCJ

⁷⁸ Dans son rapport du 23 janvier 2014 sur l'initiative parlementaire 13.408 Geissbühler – qu'elle a majoritairement rejetée –, la CAJ-N a indiqué qu'"en ce qui concerne la possibilité de conserver l'ADN des personnes décédées durant quelques années après leur mort, la commission y est plutôt favorable sur le principe". Rapport disponible sur: www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2013/Rapport_de_la_commission_CAJ-N_13.408_2014-01-23.pdf (dernière consultation le 10 avril 2018)

⁷⁹ René Rhinow/Markus Schefer, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. A., Bâle 2009, note 1110

sera entrée en vigueur – vers 2023 –, la réglementation d'effacement des profils d'ADN s'appliquera également aux données signalétiques cantonales⁸⁰. Les délais d'effacement de toutes les données signalétiques seront alors harmonisés. Le fait que les délais de conservation des empreintes digitales doivent être identiques à ceux afférents aux profils d'ADN a en outre une raison objective: les empreintes digitales sont nécessaires pour vérifier les concordances⁸¹.

Comparaison avec le droit étranger

En *Allemagne*, aucune loi spéciale ne régit les délais de conservation des données signalétiques. Le traitement de ces dernières dans les systèmes d'information de police s'aligne sur les règles générales s'appliquant au traitement des informations de police⁸². C'est le § 81e, al. 1, du code de procédure pénale (CPP⁸³, Analyse génético-moléculaire) qui fixe la compétence afférente à l'établissement et à la comparaison de profils d'ADN de personnes. Le § 81g CPP (Identification ADN) règle quant à lui le prélèvement d'échantillons et l'analyse du matériel biologique pour ce qui est spécifiquement des prévenus. Un profil peut être établi à la condition que le prévenu soit suspecté d'avoir commis une infraction d'une portée considérable ou une infraction contre l'autodétermination sexuelle et qu'il y ait lieu de penser, du fait de la nature ou de l'exécution de l'acte, de sa personnalité ou d'autres éléments, que dans le futur, des procédures pénales devront être menées à son encontre pour une infraction d'une portée considérable ("pronostic négatif")⁸⁴. Sont considérés comme "infractions d'une portée considérable" les crimes, soit les infractions pour lesquelles la loi prévoit une peine privative de liberté d'un an au moins, et les graves délits⁸⁵. Le système d'information fondé sur les profils d'ADN est administré par le BKA, en vertu du § 11, al. 4, ch. 3, de la loi BKA⁸⁶. La réglementation d'effacement inscrite dans ce texte s'applique à toutes les catégories de données personnelles que le BKA est autorisé à traiter en vue de réaliser ses tâches (cf. § 32 de la loi BKA). Ces données, et donc (aussi) les profils d'ADN, doivent être supprimées en cas d'acquiescement et de non-lieu (§ 8, al. 3). La loi ne prévoit sinon pas de délais d'effacement différenciés au cas par cas. Le § 32, al. 2, première phrase stipule seulement que les données doivent être supprimées si elles ne sont plus nécessaires à la réalisation des tâches. Cette nécessité doit être examinée par le BKA en vertu du § 32, al. 3, de la loi BKA, dans les délais légalement impartis ("délais de triage", *Aussonderungsprüffristen*):

"(3) Lors du traitement du dossier et selon les délais fixés, l'Office fédéral de la police judiciaire vérifie si les données personnelles enregistrées doivent être rectifiées ou supprimées. Les [...] délais de triage ne doivent pas excéder dix ans pour les adultes, cinq ans pour les adolescents et deux ans pour les enfants, la distinction devant être faite entre la finalité de l'enregistrement et la nature et la gravité des faits." (Traduction libre)

⁸⁰ Cf. LCJ, annexe 1, modification d'autres actes, ch. 3 (adaptation de l'art. 354 CP [données dans le système d'information AFIS]) et ch. 5 (adaptation de l'art. 261 CPP; FF 2016 4746s. et 4748; projet sujet à référendum).

⁸¹ Par exemple, les jumeaux monozygotes, qui partagent donc le même profil d'ADN, ne peuvent être différenciés que par les empreintes digitales (cf. Commentaire bâlois du CPP-*Christoph Fricker/Stefan Maeder*, remarques introductives à l'art. 255 note 14).

⁸² *Gusy*, Polizei- und Ordnungsrecht, note 236.

⁸³ Texte de loi sur: www.gesetze-im-internet.de/stpo/ (21.9.2017)

⁸⁴ La loi sur l'Office fédéral allemand de la police judiciaire (loi BKA pour *Bundeskriminalamt*) contient une disposition parallèle au contenu similaire en rapport avec l'exploitation de ses systèmes d'information (§ 8, al. 2).

⁸⁵ Sont par exemple qualifiés de graves délits par la jurisprudence les infractions selon la loi sur les stupéfiants, selon la loi sur le séjour, selon la loi sur les armes, le recel, le recel fiscal ou la soustraction d'impôt par métier (ISDC, rapport sur l'Allemagne, note 9).

⁸⁶ Texte de loi sur: www.gesetze-im-internet.de/bkag_1997/BJNR165010997.html (21 septembre 2017)

Conformément à un arrêt du tribunal administratif fédéral allemand, il n'est généralement plus nécessaire que les données restent enregistrées une fois les délais expirés⁸⁷.

En France, le profil d'ADN de personnes contre qui une procédure pénale est menée ou qui ont été condamnées peut être enregistré si une infraction de la liste énumérée dans le Code de procédure pénale (CPP)⁸⁸ a été commise⁸⁹. La liste exhaustive comprend les infractions de nature sexuelle, les actes de violence criminels graves, les graves infractions contre le patrimoine, les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, le terrorisme, le faux-monnayage et les crimes de guerre (art. 706-55 CPP). Les profils d'ADN (outre les traces relevées sur les lieux d'infraction) sont traités dans le Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)⁹⁰. Les profils de suspects sont supprimés d'office ou sur demande de la personne concernée "lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier" (art. 706-54 CPP). Dans le détail, un délai d'effacement général de quarante ans s'applique aux profils de personnes et de traces (art. R53-14 CPP). Le délai commence à courir à compter de la demande d'enregistrement dans le FNAEG ou du jour où la condamnation est devenue définitive (art. R53-14 CPP). S'agissant des profils de personnes qui ont été établis et enregistrés pour soupçon d'une des infractions visées à l'art. 706-55⁹¹, un délai spécial de vingt-cinq ans s'applique à tous les profils qui n'ont pas encore été effacés d'office par le procureur de la République ou sur demande de la personne concernée parce que le but du système d'information ne justifiait plus la poursuite de leur conservation (art. R53-14 CPP). En l'affaire *Aycaguer c. France*, la CourEDH a cependant critiqué la réglementation française en estimant que "le régime actuel de conservation des profils ADN dans le FNAEG [...] n'offre pas, en raison tant de sa durée que de l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante à l'intéressé"⁹².

Au Royaume-Uni, c'est ici le *Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE)* qui s'applique⁹³. Les profils d'ADN établis en rapport avec l'une des *qualifying offences* listées à l'art. 65A PACE peuvent être enregistrés dans la *National DNA Database (NDNAD)*. Selon la présentation officielle, plus de 400 éléments constitutifs d'infraction sont considérés comme *qualifying offences*, dont l'assassinat, le meurtre passionnel, le viol, les lésions corporelles graves, le brigandage, le vol par effraction ainsi que des faits découlant du droit pénal en matière sexuelle ou encore du droit sur les armes. La réglementation suivante s'applique pour ce qui est des effacements: le profil d'une personne (adulte ou mineure) condamnée pour une *qualifying offence* peut être conservé à vie (*indefinite*). Le profil d'une personne adulte condamnée pour une *minor offence* reste lui aussi conservé à vie dans le système d'information. S'agissant du profil d'une personne mineure condamnée pour une *minor offence*, une durée de conservation de cinq ans s'applique dans le cas d'une première condamnation; elle est à vie dans le cas d'une condamnation suivante. Pour ce qui est des profils de personnes de tout âge qui n'ont pas été condamnées mais qui ont tout de même fait l'objet d'une plainte pour *qualifying offence (unconvicted individuals)*, le délai de conservation est de trois ans. Enfin, les profils d'ADN de personnes de tout âge qui ont seulement été arrêtées pour *qualifying*

⁸⁷ ISDC, rapport sur l'Allemagne, ch. 3.2

⁸⁸ Texte sur: www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154 (26 septembre 2017)

⁸⁹ Les profils de personnes décédées dont l'identité est inconnue ou dont la cause de la mort doit être mise au clair sont aussi enregistrés.

⁹⁰ Le FNAEG est administré par la Direction centrale de la police judiciaire (art. R53-10 CPP) du ministère de l'Intérieur.

⁹¹ Il s'agit de "personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55".

⁹² CourEDH, arrêt *Aycaguer c. France* du 22 juin 2017, § 45, sur: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174441>

⁹³ Texte sur: www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents (25 septembre 2017)

offence sans avoir été inculpées pour cette infraction peuvent être enregistrés sur ordonnance spéciale du *Biometrics Commissioner* pendant trois ans⁹⁴.

En *Autriche*, en vertu du § 75, al. 4, du code de procédure pénale (CPP)⁹⁵ de 1975, les données issues d'un relevé signalétique, y compris celles issues d'analyses génético-moléculaires, ne peuvent être utilisées qu'aussi longtemps qu'il y a lieu de craindre, du fait de la nature ou de l'exécution de l'acte, de la personnalité de l'individu concerné ou d'autres éléments, que cet individu commettra une infraction dont les conséquences seront plus que légères. Sont réservées les dispositions de la loi sur la police de sécurité (*Sicherheitspolizeigesetz, SPG*)⁹⁶, d'après laquelle la réglementation en matière d'effacement selon le CPP ne revêt aucune grande importance concrète⁹⁷. En cas d'acquiescement entré en force ou de non-lieu, les données doivent être effacées immédiatement (op. cit.). L'ADN peut être analysé selon le § 67 SPG à la condition que la personne concernée soit suspectée d'avoir commis une infraction contre l'intégrité sexuelle et l'autodétermination ou une infraction intentionnelle passible d'une peine privative de liberté d'un an au moins et qu'il y ait lieu de craindre, du fait de la nature ou de l'exécution de l'acte ou de la personnalité de l'individu concerné que celui-ci, en commettant des attaques graves, laissera des traces qui permettront de le reconnaître sur la base des informations génétiques relevées (§ 67, al. 1). En vertu du § 73 SPG, les données signalétiques de toute catégorie, y compris les profils d'ADN, doivent être effacées s'il s'avère que la personne concernée ne peut être l'auteur, à moins que la poursuite de la conservation ne soit requise car des éléments concrets laissent craindre que cette personne commettra des attaques dangereuses; si la personne concernée a plus de 80 ans (et si cinq années se sont écoulées depuis le dernier relevé signalétique); en cas de minorité pénale, trois ans après un relevé signalétique si aucun autre nouveau relevé n'a été effectué entretemps; cinq ans après le décès de la personne concernée.

2.1.3 La recherche élargie en parentèle

Contexte

En octobre 2015, le TPF a décidé que le ministère public, sur la base de la loi sur les profils d'ADN en vigueur, peut (aussi) ordonner la recherche élargie en parentèle (cf. ci-dessus *ch. 1.1.3, La recherche élargie en parentèle*). Cet instrument est désormais expressément réglementé dans la loi.

Depuis la décision du TPF, une quinzaine de recherches élargies en parentèle ont été effectuées. Il semblerait qu'à ce jour, elles n'aient pas contribué directement au succès d'une enquête. Dans d'autres pays toutefois, l'utilité fondamentale de cet instrument a fait ses preuves, raison pour laquelle il doit rester à la disposition des autorités de poursuite pénale. Car dans certains cas, quand tous les autres éléments d'enquêtes ont été épuisés sans rien donner, il peut rester le seul moyen d'élucider une infraction, grâce à une comparaison de profils d'ADN.

⁹⁴ Pour un aperçu de chaque délai d'effacement, cf. le rapport annuel 2015-2016 du *National DNA Database Strategy Board* (p. 29s.), sur: www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/594185/58714_Un-Num_Nat_DNA_DB_Accessible.pdf (26 septembre 2017).

⁹⁵ Texte de loi sur: www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002326 (26 septembre 2017). L'analyse génético-moléculaire comme mesure de contrainte relevant de la procédure pénale est réglementée au § 124 CPP.

⁹⁶ Texte de loi sur: www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/ → Terme recherché "Sicherheitspolizeigesetz" (26 septembre 2017)

⁹⁷ ISDC, rapport sur l'Autriche, p. 8

Recherche élargie: déroulement

Une comparaison est faite dans le système visé à l'art. 10 de la loi sur les profils d'ADN pour rechercher l'information de base qui servira de point de départ aux autorités d'enquête dans l'identification de l'auteur de la trace.

La première étape dans l'utilisation d'un profil de trace en vue d'élucider une infraction est toujours la comparaison de ce profil dans le système d'information ad hoc. Dans cette recherche, le système ne signale que les concordances exactes entre le profil à comparer et les profils de traces ou de personnes qui y figurent déjà. Cette recherche régulière se fonde sur le paramètre *high stringency*. Si elle n'aboutit à aucune concordance, le ministère public ordonne spécialement – étape 1 – qu'une autre recherche soit effectuée dans le système, cette fois au moyen du paramètre élargi *low stringency*. Ce ne sont alors plus des profils concordant exactement avec le profil de trace à comparer qui sont recherchés, mais tous les profils qui présentent des similitudes avec ce dernier et suggérant ainsi une parenté avec l'auteur de la trace. Le résultat de cette recherche élargie dans le système ressort sous la forme d'une liste des PCN des profils présentant cette caractéristique spécifique de possible parenté avec l'auteur de la trace (ils sont techniquement appelés "candidats").

La liste des "candidats" est transmise au laboratoire d'analyse d'ADN, lequel procède – étape (2) – à des analyses supplémentaires dans le but d'éliminer du cercle, toujours anonyme, des "candidats" le plus de profils possible dont la similitude avec le profil de trace est purement fortuite. Sont ici particulièrement utiles le profil d'ADN du chromosome Y et l'ADN mitochondrial (cf. à ce sujet ci-dessus *ch. 1.1.4*). Cette liste de "candidats" réduite au maximum est transmise à l'autorité dirigeant la procédure par l'intermédiaire de fedpol. La recherche élargie en parentèle dans le système d'information est ainsi close en soi.

La seconde phase principale relève du domaine des tâches du ministère public ou de la police, sur la base des outils et des autorisations en matière d'enquête en vertu du CPP en vigueur⁹⁸. D'abord – étape (3) –, les données personnelles afférentes à chaque profil d'ADN de "candidat" sont consultées, à partir du PCN, dans le système d'information IPAS. C'est là que l'on découvre pour la première fois qui sont nommément les "candidats".

Les autorités d'enquête retracent ensuite – étape (4) – les liens de parenté de chaque "candidat", et recherchent ainsi ses parents, ses enfants et ses frères et sœurs. Elles consultent à cette fin les registres officiels disponibles (registres des habitants, etc.) et d'autres sources officielles. Si, pour dresser l'arbre généalogique, elles doivent interroger des personnes, celles-ci, sur le plan de la procédure pénale, ont le statut de personnes appelées à donner des renseignements (art. 178 ss CPP) si elles sont entendues par la police (art. 142 CPP). Si l'audition est menée par le ministère public, elles ont le statut de témoin et ont alors le droit de refuser de témoigner (art. 168 CPP). Les personnes visées par les autorités d'enquête pour la seule raison qu'elles apparaissent dans l'arbre généalogique ne font l'objet, à ce stade-là, pas même d'un soupçon initial. Pour chaque personne apparaissant dans l'arbre généalogique, il doit ensuite – étape (5) – être recherché si elle peut entrer en ligne de compte, pour ce qui est de l'âge, du domicile et d'autres caractéristiques, en tant qu'auteur de la trace (ce bien sûr à l'exception de la personne à l'origine, en tant que "candidat", de l'établissement de l'arbre généalogique puisque l'on sait déjà avec certitude qu'elle n'est pas l'auteur de la trace sans quoi la première recherche *high stringency* aurait abouti à une concordance exacte). En d'autres termes, il s'agit de l'individualisation et de l'identification de l'auteur de l'infraction⁹⁹.

⁹⁸ Cf. TPF, décision BB.2015.17 du 6 octobre 2015, consid. 2.4.

⁹⁹ Le TF utilise cette formulation dans l'ATF 137 IV 340, consid. 6.3, en rapport avec le procédé similaire des autorités d'enquête dans la production de données de connexion secondaires au moyen d'une recherche par champ d'antennes dans le cadre d'une recherche par quadrillage contre inconnu.

Par exemple, une personne précise pourra être mise hors de cause du fait de son âge (nourrissons, vieillards, etc.), une autre du fait de son lieu de séjour (distance entre lieu de domicile ou de travail et celui de l'infraction, par ex. mise hors de cause d'un parent dont il est prouvé qu'il se trouvait outre-mer au moment de l'infraction, etc.). Tous les autres éléments disponibles sur l'auteur de l'infraction, par exemple concernant le *modus operandi*, sont pris en considération¹⁰⁰.

Ces enquêtes peuvent conduire à un soupçon initial contre une personne en particulier. Si, à partir de là, des clarifications plus approfondies mènent à des soupçons suffisants laissant présumer une infraction (art. 197, al. 1, let. b, CPP), le ministère public ordonne – dernière étape (6) – que le profil d'ADN de cette personne soit établi (art. 255, al. 1, let. a, CPP). Le profil est alors comparé avec le profil de trace, et s'il y a concordance, la personne est identifiée comme étant l'auteur de la trace. Inversement, il est exclu qu'elle le soit si les profils ne concordent pas en tout point.

Exemple concret d'une recherche élargie en parentèle fructueuse: le cas d'Élodie Kulik, 24 ans, qui avait été violée puis tuée en 2002 dans le nord de la France. Le meurtre avait été commis de nuit dans une zone de campagne reculée, il n'y avait aucun témoin. Une enquête de grande envergure avait d'abord été menée dans le périmètre du lieu de l'infraction, sur la base du profil d'ADN établi à partir de la trace de sperme mise en sûreté. Cette comparaison comme l'analyse de plusieurs milliers d'autres profils d'ADN dans le système d'information français ad hoc (qui, comme en Suisse, utilise le logiciel CODIS) et – par l'intermédiaire d'Interpol – à l'échelle européenne n'avaient rien donné. Aussi la Gendarmerie nationale avait-elle décidé, pour la toute première fois, de recourir à la recherche élargie. S'appuyant notamment sur les expériences faites aux États-Unis, où peu de temps auparavant, un tueur en série avait été confondu grâce à la *familial search*, une recherche *low stringency* avait été effectuée dans le système d'information. Les autorités de poursuite pénale françaises étaient ainsi tombées sur un individu X de sexe masculin, dont la famille vivait non loin du lieu de l'infraction. Grâce à des méthodes d'enquête classiques, notamment des informations provenant de registres officiels, l'arbre généalogique de X avait été dressé. Il en était ressorti que X avait un père et deux fils. Le premier avait été mis hors de cause au vu de son âge avancé, tandis que l'un des fils avait été écarté du fait de son jeune âge au moment de l'infraction. L'aîné des fils était décédé peu après la commission de l'acte (ce qui explique pourquoi l'enquête de grande envergure n'avait rien donné). Son corps avait été exhumé; le profil d'ADN concordait avec le profil de trace. C'est ainsi que neuf ans après l'infraction, le coupable avait pu être identifié¹⁰¹.

Les bases génético-moléculaires

En ligne directe, le patrimoine génétique d'un enfant provient pour moitié de sa mère et pour moitié de son père. C'est-à-dire que les profils d'ADN d'un enfant et d'un des deux parents présentent au moins un allèle commun par locus. Une règle qui peut être indiquée dans le système d'information comme critère de recherche. Les profils d'ADN de frères et sœurs nés des mêmes parents et ayant donc hérité du même patrimoine génétique restreint présentent quant à eux généralement une similitude supérieure à la similitude moyenne des profils de l'ensemble de la population. Étant donné toutefois que la transmission des caractéristiques d'ADN des parents à leurs enfants est purement fortuite, le comportement des profils d'ADN de frères et sœurs entre eux n'obéit pas à des règles définies. C'est pourquoi leurs profils peuvent présenter par locus deux allèles communs, ou un seul, ou même aucun. Lors de la recherche de possibles

¹⁰⁰ Vuille et al., p. 150

¹⁰¹ Pour les détails: Pham-Hoai Emmanuel/Crispino Frank/Hampikian Greg, The First Successful Use of a Low Stringency Familial Match in a French Criminal Investigation, dans: Journal of Forensic Sciences, mai 2014, vol. 59, n° 3, p. 816 ss, sur: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/1556-4029.12372>

frères et sœurs dans la banque de données, non seulement les caractéristiques des profils d'ADN concrètement présentes en l'espèce sont comparées, mais, sur la base de ces caractéristiques et de la fréquence à laquelle elles se retrouvent dans la population, la probabilité que l'auteur de la trace et le "candidat" sont de la même fratrie est aussi calculée.

Dans le cadre du droit en vigueur, le fait suivant fait obstacle à la réalisation d'une recherche élargie en parentèle: selon la séquence du profil d'ADN, les profils de personnes non génétiquement apparentées peuvent aussi présenter des similitudes que l'on ne retrouve généralement que chez les personnes apparentées. Ce qui a pour conséquence qu'il résulte de la recherche élargie une liste de 50 à 200 "candidats" – c'est d'ailleurs ce qu'il ressort des recherches effectuées jusqu'ici en Suisse. Pour des raisons évidentes, les autorités d'enquête doivent donc relever un défi de taille lorsqu'il s'agit de mettre en évidence les cercles de parenté à partir d'un si grand nombre de personnes. La recherche élargie ne peut déployer toute son efficacité (dans le respect des droits fondamentaux) que si le cercle des "candidats" est davantage réduit. Pour ce faire, il convient de disposer, pour chaque "candidat" et en plus des seize loci standard, d'autres loci ainsi que du profil de l'ADN-Y (lignée paternelle) ou du résultat de l'analyse de l'ADNmt (lignée maternelle), puis de les prendre en considération dans le calcul de la probabilité d'un lien de parenté entre le "candidat" et l'auteur de la trace. Ces analyses supplémentaires permettent d'écarter tous les "candidats" qui se trouvent hors de ces lignes de parenté par rapport à l'auteur de la trace. Il est ainsi possible, en règle générale, de réduire à quelques profils le nombre de "candidats", si ce n'est à zéro, ce qui signifie que seules quelques personnes – voire aucune – sont (ou doivent être) signalées aux autorités de poursuite pénale pour les recherches approfondies de l'étape 2¹⁰².

Éléments-clefs de la réglementation légale

- *Limitation de l'emploi de l'instrument à l'élucidation de crimes; compétence d'ordonner du ressort du ministère public*

Il s'avère que dans la pratique actuelle de la recherche élargie en parentèle, les ministères publics n'y recourent que pour élucider de graves infractions. Il est désormais formellement inscrit dans la loi que la recherche élargie peut être utilisée seulement pour élucider un crime et non un délit. Le principe de proportionnalité (art. 36, al. 3, Cst.; art. 197, al. 1, let. d, CPP), selon lequel la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux induite par une mesure de contrainte correspond à la gravité de l'infraction pour l'élucidation de laquelle l'instrument peut être utilisé, en est ainsi respecté.

Dans sa décision de principe de l'année 2015, le TPF a jugé que la recherche élargie en parentèle, s'agissant de ses effets, ne se distinguent pas d'autres mesures de contraintes relevant de la procédure pénale comme l'inspection (art. 193 CPP), l'appréhension (art. 215 CPP) ou la fouille ou l'examen de personnes, de locaux, de documents ou d'objets (art. 241 CPP)¹⁰³. Selon la conception du CPP, c'est au ministère public qu'il appartient d'ordonner les mesures de contrainte, et donc la recherche élargie en parentèle; c'est d'ailleurs déjà le cas en pratique, sur la base de la décision précitée du TPF.

- *Obligation d'effectuer des analyses supplémentaires limitatives*

¹⁰² Selon *Michael Chamberlain*, la pratique de l'État de Californie montre que dans le cas d'une comparaison avec un profil de l'ADN-Y, il ne reste plus aucun "candidat" dans près de neuf cas sur dix (Familial DNA Searching: A Proponent's View, dans: *Criminal Justice*, vol. 27, n° 1, printemps 2012, sur: www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_magazine/sp12_dna_search_proponents.authcheckdam.pdf).

¹⁰³ TPF, décision BB.2015.17 du 6 octobre 2015, consid. 2.4.

Le nombre des "candidats" résultant de la recherche spéciale peut être clairement réduit si leur profil de l'ADN-Y est aussi disponible ou – ce qui est rarement requis dans la pratique – leur haplotype, mis en évidence par l'analyse de l'ADN mitochondrial. Le principe de proportionnalité veut que ces analyses supplémentaires soient régulièrement effectuées, ce qui est expressément inscrit dans la loi sur les profils d'ADN.

- *Prolongation de la conservation de l'échantillon prélevé sur une personne*

La pratique actuelle à l'étranger comme en Suisse montre que souvent, la recherche élargie n'est utilisée que longtemps après l'ouverture originelle de la procédure pénale, au titre de dernier recours quand tous les autres instruments d'investigation ont été épuisés en vain. Afin que les autorités d'enquête puissent satisfaire à l'obligation précitée d'effectuer des analyses supplémentaires, il faut que le matériel biologique nécessaire à cet effet soit encore disponible au moment où la recherche élargie est ordonnée. Ce qui demande que la conservation, au laboratoire, de l'échantillon prélevé sur une personne soit prolongée, de manière proportionnelle, au-delà des trois mois actuellement en vigueur (art. 9, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN).

Comparaison avec le droit étranger

C'est le *Royaume-Uni* qui dispose de la plus grande expérience en matière de recherche élargie en parentèle, qu'il utilise depuis 2003. En *France*, le procédé a été employé pour la première fois en 2011, sur la base d'une décision de la Direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice prise dans le cadre d'une procédure pénale pour le viol et l'assassinat d'une jeune femme (cf. plus en détail ci-dessus ch. 2.1.3, *Recherche élargie: déroulement*)¹⁰⁴. Depuis, le procédé est formellement réglementé dans le Code de procédure pénale¹⁰⁵. Aux *États-Unis*, c'est à chaque État qu'il incombe de réglementer la recherche spéciale¹⁰⁶. La Californie, qui dispose d'une réglementation juridique particulièrement précise, a été le premier État à introduire le procédé, en 2008: les recherches CODIS en parentèle sont effectuées par le *Department of Justice (DoJ)* de l'État de Californie. Les conditions juridiques y afférentes sont listées dans une convention standard (*Memorandum of Understanding*), qui doit être signée par le DoJ et le ministère public compétent. Notons surtout l'obligation légale de restreindre au maximum le nombre des "candidats" au moyen de l'analyse supplémentaire qu'est le profil de l'ADN-Y¹⁰⁷. En *Allemagne*, il est permis, en vertu du § 81h CPP et dans le cadre de dépistages ADN de masse (enquêtes de grande envergure selon le CPP suisse), de rechercher, à partir du profil d'ADN, si le matériel de trace provient de la personne concernée ou des membres de sa famille en ligne directe ou en ligne collatérale jusqu'au troisième degré¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cf. Le Monde du 21 février 2012, Comment l'enquête sur le meurtre d'Elodie Kulik a été relancée par l'ADN d'un parent, sur: www.lemonde.fr/societe/article/2012/02/21/comment-l-enquete-sur-le-meurtre-d-elodie-kulik-a-ete-relancee-par-l-adn_1642851_3224.html, et: *Pham-Hoai Emmanuel/Crispino Frank/Hampikian Greg*, The First Successful Use of a Low Stringency Familial Match in a French Criminal Investigation, dans: *Journal of Forensic Sciences*, mai 2014, vol. 59, n° 3, p. 816 ss, sur: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/1556-4029.12372>.

¹⁰⁵ Art. 706-56-1-1 CPP, introduit par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

¹⁰⁶ Cf. www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis#CODIS-Brochure (dernière consultation le 10 avril 2018). La recherche est autorisée en Californie, au Colorado, au Texas et en Virginie, alors qu'elle est formellement interdite par le Maryland et Washington D.C. (Kim Joyce/Mammo Danny/Siegel Marni B./Katsanis Sara H., Policy implications for familial searching, 1^{er} novembre 2011, p. 2s., publié sur: www.investigativegenetics.com).

¹⁰⁷ Texte de cette convention sur: <https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/bfs/fsc-mou-06142011.pdf> (dernière consultation le 25 avril 2018)

¹⁰⁸ Modification du 17 août 2017, par laquelle il est répondu à un arrêt du BGH selon lequel le § 81 (alors en vigueur) interdit toute exploitation des concordances partielles (BGH, arrêt du 20 décembre 2012, Az. 3 StR 117/12, BGHSt 58, 84 ss, note 20 ss)

3 Commentaire des dispositions

3.1 Loi sur les profils d'ADN

Art. 1, al. 1, let. d

L'énumération des contenus réglementés par la loi sur les profils d'ADN est complétée par le phénotypage, défini dans l'art. 2 qui suit.

Art. 1a (abrogé)

Par suite de l'entrée en vigueur du CPP (1^{er} janvier 2011), l'art. 1a a été repris ultérieurement dans la loi sur les profils d'ADN dans un but de délimitation de contenu. Il peut à présent être supprimé, dans le cadre de la délimitation substantielle à effectuer par rapport au CPP (cf. ci-dessus *ch. 1.1.3*), puisque la loi sur les profils d'ADN ne doit contenir *plus aucune* disposition de procédure pénale, donc pas non plus de disposition relative à la procédure pénale en dehors du CPP.

Art. 2 Profil d'ADN, phénotypage et but de leur utilisation

Al. 1

La définition juridique du profil d'ADN a été adaptée par la révision totale de la loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine (LAGH), aussi bien dans la LAGH elle-même qu'à l'art. 2, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN, dans le sens où il n'est désormais plus fait de distinction entre séquences codantes et non codantes. Le législateur a ainsi pris en compte les découvertes scientifiques les plus récentes, selon lesquelles les régions de l'ADN qui étaient jusqu'ici classées comme non codantes (parfois aussi appelées "ADN poubelle") ont elles aussi de nombreuses fonctions et peuvent participer à la fabrication de protéines. Le postulat antérieur d'une délimitation claire entre régions "codantes" et "non codantes" a donc été abandonné par la génétique moléculaire et, par conséquent, aussi dans le droit en vigueur¹⁰⁹. La LAGH totalement révisée et la nouvelle version précitée de l'art. 2, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN ne sont pour l'heure pas encore entrées en vigueur.

La présente réglementation du phénotypage est une première et offre de ce fait un nouveau point de départ pour la définition du profil d'ADN: celui-ci doit être défini plus étroitement que dans la version de la LAGH du 15 juin 2018, afin que la distinction entre le profil d'ADN et le phénotypage apparaisse plus clairement. Pour cette raison, on a opéré, par rapport à la définition légale selon la LAGH, un retour partiel à la version en vigueur, qui caractérise le profil d'ADN comme le "code alphanumérique propre à chaque individu". En outre, il est formulé dans la loi que le but spécifique de l'établissement d'un profil d'ADN consiste à "identifier une personne". Ces deux éléments de la définition légale – la forme extérieure du résultat d'analyse (code alphanumérique) et le but (identification) – constituent la particularité du profil d'ADN par rapport au phénotypage. Est en revanche maintenu ce qui constituait la nouveauté principale de la définition du profil d'ADN dans la LAGH du 15 juin 2018, à savoir l'abandon de la distinction entre "codant" et "non codant" (*1^{re} phrase*).

¹⁰⁹ Cf. LAGH, annexe, ch. II.1, modifications de la loi sur les profils d'ADN, FF 2018 3651 (projet sujet au référendum). Concernant l'adaptation parallèle correspondante de la définition légale dans la LAGH, cf. art. 3, let. j, de cette loi (FF 2018 3629). Les raisons de l'abandon de la distinction entre séquences "codantes" et "non codantes" dans la définition légale du profil d'ADN sont expliquées dans le message LAGH, FF 2017 5269s. et 5308s.

La norme de l'art. 2, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN en vigueur reste inchangée, tout comme celle de la version du 15 juin 2018, à savoir que lors de l'établissement d'un profil d'ADN, il n'est pas permis "de chercher à déterminer l'état de santé ou d'autres caractéristiques propres à la personne en cause, à l'exception de son sexe" (2^e phrase).

Al. 2

L'art. 36 Cst. dicte que toute restriction des droits fondamentaux doit être fondée sur une base légale, les restrictions graves devant être prévues spécifiquement dans la loi. Cette condition exige que le phénotypage fasse l'objet d'une base suffisamment claire dans la loi formelle.

Selon l'art. 3, al. 1, let. a, ch. 3, de la loi du 28 septembre 2018 sur la protection des données Schengen (LPDS)¹¹⁰, les données génétiques sont des données sensibles, dont le traitement doit répondre à des exigences particulières. De même, selon la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹¹¹, les données personnelles sur la santé, la sphère intime, l'appartenance à une race ou celles sur des poursuites pénales sont aussi des données sensibles (art. 3, al. c). Les données génétiques traitées lors d'un phénotypage sont donc à ranger dans cette catégorie. Si ces deux lois ne s'appliquent pas à des procédures pénales en cours devant des tribunaux fédéraux, les mêmes standards de protection de données que ceux de la LPD et de la LPDS doivent s'appliquer dans les procédures pénales en Suisse.

Au plan législatif formel, il faut d'une part définir le but d'utilisation du phénotypage: la détermination des caractéristiques morphologiques apparentes de l'auteur de la trace dans le but d'élucider une infraction pénale (1^{re} phrase). D'autre part, au plan législatif hiérarchique, il faut énumérer de manière exhaustive les caractéristiques personnelles qui peuvent être constatées au moyen d'un phénotypage. Il s'agit en l'occurrence de la couleur des yeux, des cheveux et de la peau ainsi que de l'origine biogéographique et de l'âge biologique (2^e phrase).

Tandis que les contenus matériels du phénotypage sont établis dans la loi sur les profils d'ADN, le droit de procédure pénale (art. 258b AP-CPP et 73x AP-PPM) règle les aspects purement de procédure pénale, c'est-à-dire surtout quelle autorité peut appliquer l'instrument pour élucider quelle catégorie de délits.

Titre précédant l'art. 3 (abrogé)

Le contenu de l'art. 3, al. 1 et 2, de la loi sur les profils d'ADN en vigueur est entièrement couvert par les art. 255 et 256 CPP, raison pour laquelle cette disposition peut être abrogée. L'art. 3, al. 3, en vigueur traite d'une matière relevant de la procédure pénale et est donc ajouté, en tant que nouvel al. 3, à l'art. 255 AP-CPP. Les contenus des art. 4, 5 et 7 de la loi sur les profils d'ADN en vigueur sont actuellement réglementés en parallèle dans les art. 255 et 257 CPP. Dans le cadre de la nouvelle délimitation substantielle qui doit être effectuée par rapport au CPP (cf. ci-dessus ch. 1.1.3), ces trois articles peuvent être abrogés dans la loi sur les profils d'ADN. Les numéros d'art. 3 et 4 sont dotés d'un nouveau contenu (Informations excédentaires et Réduction du cercle des personnes). Ces adaptations ont pour effet que le titre existant (Section 2 "Prélèvement des échantillons et analyse de l'ADN") est biffé. L'art. 6 étant l'unique disposition restante de cette section, il est doté d'un nouveau titre de section plus loin dans le texte (Section 2 "Identification en dehors d'une procédure pénale").

¹¹⁰ RS 253.3

¹¹¹ RS 235.1

Art. 3 Informations excédentaires

Pour savoir ce que recouvre la notion d'informations excédentaires, on se référera aux précisions du message LAGH en lien avec l'analyse d'ADN dans le domaine médical:

"Les personnes impliquées dans la réalisation de l'analyse doivent veiller à ce que la production d'informations excédentaires soit évitée autant que possible. Ce principe concerne diverses étapes du processus: le séquençage, l'évaluation technique et l'interprétation des données. Le fait d'éviter de collecter des données génétiques non nécessaires découle déjà du principe de proportionnalité du droit de la protection des données"¹¹².

L'al. 1 s'appuie sur le modèle de l'art. 9 LAGH dans sa version du 15 juin 2018 (limitation des informations excédentaires) quant à sa teneur¹¹³.

L'al. 2 règle la gestion des informations excédentaires. Dans l'ordonnance sur les profils d'ADN, il faudra fixer en détail quelles indications les laboratoires d'analyse auront le droit de fournir à l'autorité responsable de la procédure dans leur rapport d'analyse. Celui-ci ne doit pas contenir d'éventuelles informations excédentaires, c'est-à-dire tous les résultats qui ne font pas partie des éléments requis.

Art. 4 Réduction du cercle des personnes

Dans le contexte du relevé de données secondaires de liaison pendant une recherche par champ d'antennes menée dans le cadre d'une investigation pénale par quadrillage contre des auteurs encore inconnus, le Tribunal fédéral exige que le nombre de personnes faisant partie de la "portion suspecte" soit "petit"; les "investigations effectives devant se limiter à quelques rares personnes cibles concrètes ou suspects individuels"¹¹⁴. De manière similaire, dans le cas de clarifications des liens de parenté menées dans le cadre d'une enquête de grande envergure au sens des art. 256, al. 2, AP-CPP et 73t, al. 2, AP-PPM et dans le cas d'une recherche élargie en parentèle au sens de l'art. 258a AP-CPP et 73w AP-PPM, les autorités de poursuite pénale sont tenues de réduire le cercle des personnes à examiner de plus près. Cela exige la prise en compte du principe de proportionnalité (art. 36, al. 3, Cst.; art. 197, al. 1, let. c, CPP). Pour y parvenir, on procédera, selon les cas, à une analyse supplémentaire du profil d'ADN-Y ou d'ADNmt. Du fait que les auteurs d'infraction sont en majorité de sexe masculin dans le domaine des crimes – la catégorie de délits prévalente dans le cas d'espèce –, l'analyse supplémentaire la plus appliquée dans la pratique sera celle du profil d'ADN du chromosome Y des "candidats".

Art. 5 (abrogé)

Cf. ci-dessus les explications sous *Titre précédant l'art. 3 (abrogé)*.

Titre précédant l'art. 6 (Section 2 Identification en dehors d'une procédure pénale)

Cf. ci-dessus les explications sous *Titre précédant l'art. 3 (abrogé)*.

¹¹² FF 2017 5278; cf. le commentaire de l'art. 3, let. n, P-LAGH, FF 2017 5310.

¹¹³ Sur la teneur de l'art. 9 LAGH: FF 2018 3631 (projet sujet au référendum)

¹¹⁴ ATF 137 IV 340, consid. 6.1

Art. 6 titre (abrogé) et al. 1

Cette norme étant la seule de cette section, son titre est repris comme titre de section (cf. explications précédentes).

Al. 1

Les compétences pour ordonner le prélèvement d'un échantillon et l'établissement d'un profil d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale sont nouvellement réglementées exclusivement dans le CPP (art. 255 ss). La loi sur les profils d'ADN reste en revanche le texte où réglementer ces compétences dans les cas d'identification hors procédure pénale, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucun soupçon d'infraction (cf. art. 1, al. 1, let. c, de la loi sur les profils d'ADN). L'art. 6, al. 1, en vigueur est adapté par rapport à la version en vigueur, en mentionnant également l'autorité qui a la compétence d'ordonner ("l'autorité cantonale ou fédérale compétente").

Art. 7 (abrogé)

L'art. 7 en vigueur peut être complètement abrogé dans le cadre de la nouvelle délimitation de contenu qui doit être effectuée par rapport au CPP (cf. ci-dessus *ch. 1.1.3*): le contenu de l'al. 1 est entièrement couvert par l'art. 255 CPP. Depuis l'entrée en vigueur du CPP et des art. 199 (communication du prononcé) et 393, al. 1, let. a (recours contre les décisions et les actes de procédure de la police et du ministère public), valables de manière générale pour toutes les mesures de contrainte, la règle de l'al. 2 n'a plus de raison d'être. Quant aux al. 3 et 4, leur contenu est couvert par les art. 255 et 256 CPP. Enfin, le contenu de l'al. 5 en vigueur est désormais couvert par *l'art. 6, al. 1*.

Remarque préliminaire aux art. 9 et 9a

Le contenu normatif de l'art. 9 "Destruction des échantillons" en vigueur est, d'une part, adapté au plan matériel (prolongation de la conservation de l'échantillon) et, d'autre part, restructuré par souci de clarté selon l'ordre chronologique concret: conservation, utilisation pendant la conservation (*nouvel art. 9*), destruction de l'échantillon (*nouvel art. 9a*).

Art. 9 Conservation de l'échantillon et utilisation pendant la conservation

Al. 1

Selon l'art. 9, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN en vigueur, l'échantillon prélevé sur une personne doit être détruit trois mois après sa réception au laboratoire. En fixant une règle stricte pour la durée de conservation, le législateur visait en 2003 le même but qu'en interdisant d'analyser des séquences d'ADN codantes dans l'art. 2, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN: empêcher toute utilisation abusive de matériel biologique, c'est-à-dire empêcher qu'on puisse rechercher illicitement des caractéristiques personnelles de la personne en cause¹¹⁵.

Il s'avère toutefois qu'une durée de conservation limitée à trois mois ne permet souvent pas d'analyser de nouveau le matériel biologique de traces déjà utilisé pour établir le profil d'ADN, afin cette fois d'établir le profil de l'ADN-Y ou d'analyser l'ADNmt (nouveau typage). Un nouveau typage est régulièrement nécessaire pour élucider surtout des actes de violence ou des délits sexuels. Cette possibilité doit aussi être donnée pour procéder à ces deux analyses supplémentaires dans le cadre d'une enquête de grande envergure (art. 256, al. 2, AP-CPP) et d'une recherche élargie en parentèle (art. 258a AP-CPP et art. 73w

¹¹⁵ Cette correspondance découle de: BO 2002 N 1225 (intervention Aepli Wartmann) et BO 2002 N 1229 (intervention Cina).

AP-PPM; cf. ci-dessus *ch. 1.1.4, Analyses supplémentaires: détermination du profil d'ADN du chromosome Y et de l'ADN mitochondrial; et ch. 2.1.3, Les bases génético-moléculaires*). Enfin, sur un plan technique, de nouveaux typages sont nécessaires lorsque la série de loci que les laboratoires doivent analyser pour établir un profil d'ADN est étendue à de nouveaux loci additionnels. Selon l'expérience, la liste des loci nécessaires est allongée environ tous les dix ans selon les nouveaux standards internationaux. En Suisse, on travaillait à l'origine avec un jeu de données de dix loci¹¹⁶. Selon l'annexe de l'ordonnance du DFJP sur les laboratoires d'analyse d'ADN, on utilise actuellement un jeu de 16 loci. Par conséquent, le système d'information suisse des profils d'ADN contient aujourd'hui à la fois des profils basés sur dix loci et des profils basés sur seize loci. Dans la mesure où le matériel biologique à l'origine des "anciens" profils a été détruit entretemps, ceux-ci ne se prêtent plus à de nouveaux typages selon le standard actuel. Lorsqu'on effectue une recherche dans le système d'information, cette disparité des jeux de données a des conséquences négatives pour différentes raisons.

La durée de conservation des échantillons prélevés sur des personnes conservés au laboratoire d'analyse ADN est donc prolongée, étant donné que dans la pratique, un nouveau typage s'avère souvent nécessaire alors que la durée de conservation de trois mois visée à l'art. 9, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN en vigueur a déjà expiré depuis longtemps. Une prolongation à quinze ans de la durée de conservation permet de régler ce problème. La même durée est déjà prévue actuellement pour le matériel biologique issu d'une trace (art. 6, al. 2, 2^e phrase, ordonnance sur les profils d'ADN).

Al. 2

Lorsqu'en 2003, le législateur a fixé la conservation des échantillons prélevés sur des personnes à tout juste trois mois, il entendait limiter au maximum les possibilités d'abus découlant de cette conservation (cf. ci-dessus explications sur l'*al. 1*). Cette préoccupation toujours aussi essentielle est prise en compte par le fait que les buts permettant l'utilisation des échantillons pendant leur durée de conservation ont été fixés de manière exhaustive.

Art. 9a Destruction de l'échantillon

Al. 1

La norme définit la date à partir de laquelle la durée de conservation de quinze ans fixée à l'art. 9, al. 1, commence à courir comme la date de la réception de l'échantillon au laboratoire, tout comme dans le droit en vigueur.

Al. 2

La teneur de la norme est identique à celle de l'art. 9, al. 2, en vigueur.

Al. 3

La teneur de la norme est identique à celle de l'art. 9, al. 1, en vigueur.

Art. 10, al. 1 (concerne uniquement le texte allemand)

La teneur de l'art. 10, al. 1, en vigueur est adaptée sur un seul point de manière à unifier la terminologie: le terme "Vergleich" (comparaison) de profils d'ADN est remplacé par le terme "Abgleich". Depuis la création de la loi sur les profils d'ADN, la terminologie suivante s'est établie dans le droit fédéral dans le domaine de l'analyse ADN forensique: la comparaison d'un profil d'ADN à un certain nombre illimité

¹¹⁶ Cf. art. 1, al. 5, de l'ordonnance du DFJP du 29 juin 2005 sur les laboratoires d'analyse d'ADN abrogée au 1^{er} janvier 2015 (RO 2005 3341).

d'autres profils d'ADN dans un système d'information est une comparaison 1:n ("Abgleich"), tandis que la comparaison locale de deux profils d'ADN entre eux est une comparaison 1:1 ("Vergleich"). Cette terminologie est déjà utilisée dans l'ordonnance sur les profils d'ADN, l'ordonnance du DFJP du 29 juin 2005 sur les laboratoires d'analyse d'ADN et, dans le domaine des empreintes digitales, aussi dans l'ordonnance du 6 décembre 2013 sur le traitement des données signalétiques¹¹⁷.

Cette adaptation concerne uniquement le texte de loi allemand; dans les versions française et italienne, un terme unique est utilisé, respectivement "comparaison" et "confronto".

Art. 11, al. 3bis et 4, let. c

Al. 3^{bis}

Comme nous l'avons vu, surtout dans les cas de délits sexuels ou d'actes de violence ou d'homicides à l'encontre d'une victime féminine, établir un profil d'ADN standard à partir d'une trace en rapport avec l'infraction se révèle bien souvent impossible, et seul un profil de l'ADN-Y peut être obtenu (cf. ci-dessus *ch. 1.1.4*). Afin qu'il soit possible de déceler des correspondances entre des traces provenant de différents lieux d'infraction aussi dans ces cas, la possibilité est donnée de saisir exceptionnellement aussi un profil de l'ADN-Y dans le système d'information en vertu de l'art. 10 de la loi sur les profils d'ADN. Si par exemple un viol a été commis dans le canton A, suivi par un autre viol dans le canton B et que seul un profil de l'ADN-Y a pu être établi dans les deux cas, la comparaison de ces profils d'ADN-Y à ceux enregistrés dans le système d'information débouchant sur une concordance avec l'un d'entre eux peut révéler une information importante pour les investigations, à savoir qu'il existe un lien entre les traces trouvées sur les deux lieux d'infraction. En règle générale, on part a priori de l'hypothèse d'un criminel en série, tout en sachant néanmoins que le profil Y ne suffit pas à prouver de manière irréfutable qu'il s'agit bien de la même personne dans les deux cas. Théoriquement, il pourrait aussi s'agir de deux personnes différentes ayant un lien de parenté. Les profils d'ADN-Y ne sont pas inclus dans une recherche standard régulière. Ils peuvent être comparés entre eux uniquement après que la demande particulière en ait été faite dans le système d'information.

Al. 4, let. c

Du fait de l'abrogation de la réglementation sur l'enquête de grande envergure dans la loi sur les profils d'ADN (cf. ci-dessus *Abrogation de l'art. 3*), il est nouvellement fait référence à la norme correspondante dans le CPP et la PPM.

Art. 13, al. 1

Cette disposition est adaptée uniquement au plan rédactionnel: les références au code pénal sont remplacées par les numéros d'article actuels. En outre, le titre complet du code pénal est introduit, car suite à l'abrogation de l'art. 5 en vigueur, c'est la première fois que cette loi est mentionnée.

Art. 16 Effacement des profils d'ADN de personnes

Al. 1

Les cas d'effacement réglés par cet alinéa correspondent à ceux figurant à l'art. 16, al. 1, let. a à d. Les délais d'effacement restent eux aussi inchangés. Le seul élément nouveau est la disposition de la *let. b* relative au profil d'une personne décédée. Pour les raisons exposées ci-dessus (*ch. 2.1.2, Les éléments-*

¹¹⁷ RS 361.3

clefs de la nouvelle réglementation), un tel profil ne doit plus être effacé immédiatement, mais seulement au bout de dix ans.

Al. 2

Cet alinéa contient les nouveautés primordiales de la réglementation de ce projet en matière d'effacement de profils d'ADN (cf. ci-dessus *ch 2.1.2, Les éléments-clefs de la nouvelle réglementation*).

Il est à noter que le terme de "jugement" englobe aussi l'ordonnance pénale, car si aucune opposition n'est formée, l'ordonnance pénale est assimilée à un jugement entré en force (art. 354, al. 3, CPP). En outre, les délais de conservation visés à l'art. 16, al. 2, commencent à courir à partir du jour où le jugement est prononcé, et non - dans le cas d'une révision du jugement par une instance de recours - à partir du jour où ce jugement entre en force. Des adaptations ultérieures d'un délai d'effacement peuvent donc être nécessaires dans le cas où un jugement est révisé suite à la décision d'une instance de recours et a pour conséquence la nécessité de fixer un nouveau délai d'effacement.

La définition du processus interne pour adapter le délai d'effacement dans IPAS relève du domaine de compétences du canton concerné ou de l'autorité requérante de la Confédération (Ministère public de la Confédération, Office de l'auditeur en chef, Administration fédérale des douanes).

La nouvelle règle proposée mène en partie à une prolongation et en partie à un raccourcissement de la durée de conservation des profils dans le système d'information. Selon le droit en vigueur, dans le cas d'une peine pécuniaire (avec ou sans sursis), le profil est effacé cinq ans après le paiement (art. 16, al. 1, let. f, de la loi sur les profils d'ADN). Si la personne concernée retarde son paiement ou refuse de l'effectuer, la conservation dans le système d'information est prolongée d'autant. Dans la nouvelle législation, l'art. 16, al. 2, let. a et b, AP-loi sur les profils d'ADN suit le principe "pas de dépendance de l'exécution", si bien que la date du paiement importe peu: la date du jugement est (la seule) déterminante comme point de départ pour la conservation du profil d'ADN dans le système d'information pendant une durée fixe de 10 ou 20 ans. Ce délai fixe, plus long, a été mesuré de sorte à ce que même en cas de retard de paiement de la peine pécuniaire, le profil soit toujours conservé dans le système d'information encore pendant une certaine durée après la date à laquelle le paiement a été effectué. Autre exemple: dans le cas d'une condamnation à une peine de privation de liberté sans sursis de trois ans au plus (*let. b*), le profil de la personne concernée est effacé 20 ans après la date du jugement, indépendamment de la date à laquelle a débuté l'exécution de la peine, indépendamment aussi de la date d'une éventuelle libération conditionnelle après que la personne a subi les deux tiers de sa peine en vertu de l'art. 86 CP. Enfin, dans le cas d'une amende ou d'une privation de liberté dans le cadre du droit pénal des mineurs (*let. e et f*), la durée de conservation est réduite de fait par rapport à la réglementation en vigueur. Le délai d'effacement est toujours de cinq ou dix ans, comme à l'heure actuelle, mais il est compté à partir de la date du jugement et non plus à partir de la date du paiement de l'amende ou de l'exécution de la privation de liberté.

Al. 3

L'alinéa correspond à l'art. 16, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN en vigueur.

Al. 4

Le contenu de l'alinéa correspond à l'art. 16, al. 3, de la loi sur les profils d'ADN en vigueur.

Al. 5

Cet alinéa correspond pour l'essentiel à l'art. 16, al. 4, de la loi sur les profils d'ADN en vigueur, à la différence près que le délai d'effacement "exécution d'une peine privative de liberté" est réglé à l'al. 2, let. b à d, plutôt qu'à cet alinéa.

Art. 17 Effacement du profil d'ADN du chromosome Y

Selon l'art. 17 en vigueur, l'autorité requérante est tenue dans certains cas de soumettre l'effacement prévu à l'approbation de l'autorité judiciaire compétente (art. 17 de la loi sur les profils d'ADN, en relation avec l'art. 15 de l'ordonnance sur les profils d'ADN). Afin de faciliter encore davantage la procédure d'effacement, cette réglementation est abrogée.

L'art. 17 règle nouvellement la durée de conservation du profil d'ADN du chromosome Y dans le système d'information.

Art. 18, phrase introductive

Du fait de l'abrogation de l'art. 4 de la loi sur les profils d'ADN en vigueur (cf. ci-dessus *Titre précédant l'art. 3*), il est nouvellement fait référence à la norme correspondante dans le CCP et la PPM.

Art. 22, let. g

Le phénotypage est une nouveauté dans le droit suisse, ce qui exigera des normes de mise en œuvre au sens de l'art. 182 Cst. en complément aux lois, dans des domaines tels que les exigences techniques de la procédure d'analyse, les exigences de qualité, le contenu de l'expertise remise par le laboratoire au ministère public, les mécanismes de contrôle, la sécurité de l'information, etc. La législation à l'échelon de l'ordonnance d'exécution permettra de faire en sorte "que les réglementations puissent être adaptées au développement scientifique et technique rapide que connaît la génétique légale", une nécessité toujours valable, que le Conseil fédéral avait déjà fait remarquer dans son message relatif à la loi sur les profils d'ADN¹¹⁸.

Art. 23 (abrogé)

Les *al. 2 et 3* n'ont plus de signification normative puisqu'ils prévoient des délais transitoires qui ont déjà expiré depuis 14 ou 15 ans. De même, *l'al. 1* peut être supprimé sans être remplacé. Il a été créé afin que l'effacement d'office nouvellement introduit dans la loi puisse aussi être appliqué aux profils d'ADN saisis durant la phase d'essai, c'est-à-dire selon l'ordonnance ADNS (années d'enregistrement 2000 à 2004¹¹⁹). Les profils d'ADN datant de cette période ont entretemps été saisis à nouveau conformément aux nouveaux critères d'effacement. L'art. 23 peut donc être totalement abrogé.

3.2 CPP (annexe: modification d'autres actes, ch. 1)

Titre suivant le chapitre 5 (Analyse de l'ADN)

On a tenu compte de la différence fondamentale qui existe entre un profil d'ADN et le phénotypage en consacrant une section séparée à chacun de ces deux domaines de réglementation.

Art. 255, al. 3

Cette règle reprend le contenu actuel de l'art. 3, al. 3, de la loi sur les profils d'ADN. Elle a toutefois un rapport direct avec la règle permettant d'ordonner l'établissement d'un profil d'ADN, qui, elle, relève de la procédure pénale. C'est pourquoi elle a été retirée telle quelle de la loi sur les profils d'ADN pour

¹¹⁸ Message relatif à la loi sur les profils d'ADN, FF 2001 38

¹¹⁹ Cf. ci-dessus note 31.

devenir le nouvel *al. 3* de l'art. 255 AP-CPP (cf. ci-dessus commentaire de l'art. 3 AP-loi sur les profils d'ADN [abrogé]).

Art. 256

Al. 1

La *première phrase* correspond à l'al. 1 en vigueur de cette norme. Selon elle, le cercle de personnes prévues pour être soumises à l'enquête de grande envergure est déterminé sur la base de caractéristiques, à savoir les personnes "présentant des caractéristiques spécifiques constatées en rapport avec la commission de l'acte". Cette exigence doit permettre d'exclure "la couleur de la peau, par exemple, [qui] n'est donc pas une caractéristique suffisamment précise"¹²⁰. Selon le droit en vigueur, il doit toutefois être possible d'intégrer dans l'enquête de grande envergure des personnes "qui semblent présenter des ressemblances avec l'auteur sur la base d'un portrait-robot"¹²¹. L'un des avantages principaux du phénotypage consiste à pouvoir restreindre le cercle de personnes à analyser encore davantage grâce aux informations recueillies sur l'apparence morphologique de l'auteur de la trace (cf. ci-dessus *ch. 2.1.1, Le phénotypage comme instrument de la poursuite pénale*). Cette possibilité d'utilisation du phénotypage est prévue expressément dans la nouvelle *deuxième phrase* qui a été ajoutée. L'enquête de grande envergure peut ainsi être menée dans un meilleur respect des droits fondamentaux. Restreindre le cercle de personnes à examiner revient aussi à améliorer l'efficacité de la procédure d'enquête (ressources policières moindres).

Al. 2

Lors d'une enquête de grande envergure, il peut arriver qu'aucun des profils des personnes qui ont été convoquées pour l'établissement de leur profil d'ADN ne concorde exactement avec le profil de trace du suspect, mais qu'un de ces profils présente des similitudes avec ce dernier¹²². Il s'agit là de la même ressemblance qu'entre les "candidats" trouvés dans le système d'information dans le cadre d'une recherche élargie en parentèle et le profil de l'auteur de la trace. Autrement dit: il ne peut être exclu que le participant à l'enquête de grande envergure ait un lien de parenté avec l'auteur de la trace. De telles similitudes des profils d'ADN pourront dorénavant être examinées suivant la même démarche que lors d'une recherche élargie en parentèle (cf. ci-dessus *ch. 2.1.3, Recherche élargie: déroulement, étapes 4 à 6*). Conformément à l'art. 4 AP-loi sur les profils d'ADN, le cercle des personnes qui présentent de telles similitudes doit être réduit davantage au moyen d'une analyse supplémentaire du profil d'ADN-Y ou de l'ADN mitochondrial.

Art. 258a Recherche élargie en parentèle

Pour les raisons déjà mentionnées (cf. ci-dessus *ch. 2.1.1, Les garde-fous juridiques selon la réglementation proposée*), la recherche élargie en parentèle peut être utilisée uniquement pour élucider des crimes. Selon la règle générale prévue à l'art. 198, al. 1, let. a, CPP, la compétence pour ordonner des mesures de contrainte est attribuée au ministère public. Cette règle générale doit aussi pouvoir s'appliquer à la recherche élargie en parentèle. Le ministère public est bien l'autorité adéquate pour ordonner des mesures selon les principes de l'État de droit, comme le confirme l'arrêt du Tribunal pénal fédéral du 6 octobre 2015¹²³. Selon l'art. 4 AP-loi sur les profils d'ADN, le cercle des "candidats" trouvés dans le système

¹²⁰ Message CPP, FF 2006 1224

¹²¹ Schmid/Jositsch-Praxiskommentar, art. 256 note 1

¹²² Cette situation est à l'origine du jugement de la Cour fédérale allemande en matière pénale du 20 décembre 2012 (BGH 3 StR 117/12; Verwertbarkeit der Erkenntnis einer wahrscheinlichen Verwandtschaft des Täters mit einem Untersuchungsteilnehmer; "Beinahetreffer").

¹²³ TPF, décision BB.2015.17, consid. 2.4s.

d'information (cf. ci-dessus *ch. 2.1.3, Recherche élargie: déroulement*) doit être réduit davantage au moyen d'une analyse supplémentaire du profil d'ADN-Y ou de l'ADN mitochondrial.

Par ailleurs, les autorités de poursuite pénale peuvent décider au cas par cas s'il faut plutôt commencer par une enquête de grande envergure ou par une recherche élargie en parentèle. Si le cercle de personnes à analyser peut être réduit à un petit nombre de personnes (par ex. les habitants d'un immeuble déterminé), il est préférable de commencer par une enquête de grande envergure. En revanche, si le cercle de personnes se monte à plus d'une centaine, la recherche élargie en parentèle est l'instrument à privilégier car il respecte mieux la proportionnalité. C'est pourquoi la loi n'établit pas d'ordre chronologique strict pour l'application de ces deux instruments.

Titre suivant l'art. 258a

Cf. explications ci-dessus *Titre suivant le chapitre 5*.

Art. 258b Phénotypage

Cette disposition règle la constatation de caractéristiques morphologiques apparentes de l'auteur de la trace issue de l'analyse des traces d'ADN, autrement dit le phénotypage, en tant qu'outil de procédure pénale. Le phénotypage peut être utilisé uniquement pour élucider des crimes (cf. ci-dessus *ch. 2.1.1, Les garde-fous juridiques selon la réglementation proposée*). Selon la règle générale de l'art. 198, al. 1, let. a, CPP, la compétence pour ordonner des mesures de contrainte appartient au ministère public. Cette règle générale s'applique aussi au phénotypage.

3.3 PPM (modification d'autres actes, ch. 2)

Art. 15, al. 3, let. d^{bis}

La liste des mesures à l'art. 15, al. 3, PPM que l'officier désigné comme remplaçant par le président du Tribunal militaire de cassation est habilité à ordonner est complétée par l'ajout de la *let. d^{bis}* "analyses de l'ADN".

Titre suivant l'art. 73r

Comme nous l'avons vu au *ch. 1.1.3*, l'utilisation d'une analyse d'ADN dans une procédure pénale hors du CPP ne relève plus de la loi sur les profils d'ADN. Ce point doit désormais être précisé dans la loi spéciale correspondante. Dans le cas présent, la PPM est complétée par l'ajout d'une nouvelle *Section 10d: Analyse de l'ADN*.

Art. 73s 1. Profil d'ADN. Conditions en général

La teneur de l'*al. 1* est identique à celle de l'art. 255, al. 1, CPP. On se référera donc, *mutatis mutandis*, aux explications relatives à cette norme dans le message CPP¹²⁴.

La teneur de l'*al. 2* est identique à celle de l'art. 255, al. 3, AP-CPP. On se référera donc aux explications précitées relatives à cette dernière disposition.

¹²⁴ FF 2006 1223 (art. 254)

Art. 73t Prélèvement d'échantillons lors d'enquêtes de grande envergure

La teneur de l'*art. 73t* est identique à celle de l'*art. 256 AP-CPP*. En conséquence, il est fait référence aux explications précitées relatives à cette dernière disposition. Dans l'*al. 1*, seule l'autorité qui ordonne les mesures est modifiée: le tribunal de mesures de contrainte civil équivaut, dans le domaine de la procédure pénale militaire, à l'autorité du président du Tribunal militaire de cassation. Quant à la compétence de faire la demande, elle revient au juge d'instruction (militaire) au lieu de son homologue dans le ministère public civil.

Art. 73u Prélèvement d'échantillons sur des personnes condamnées

L'*art. 73u* reprend mot pour mot la teneur de l'*art. 257 CPP* en vigueur. On se référera donc aux explications relatives à cette règle dans le message CPP¹²⁵.

Art. 73v Exécution du prélèvement d'échantillons

L'*art. 73v* reprend mot pour mot la teneur de l'*art. 258 CPP* en vigueur. On se référera donc aux explications relatives à cette règle dans le message CPP¹²⁶.

Art. 73w Recherche élargie en parentèle

La teneur de l'*art. 73w* est identique à celle de l'*art. 258a AP-CPP*. On se référera donc aux explications précitées relatives à cette dernière disposition. La compétence d'ordonner la mesure est attribuée au juge d'instruction (art. 4a PPM) selon la disposition générale de l'*art. 62 PPM*.

Art. 73x 2. Phénotypage

La teneur de l'*art. 73x* est identique à celle de l'*art. 258b AP-CPP*. On se référera donc aux explications précitées relatives à cette dernière disposition. La compétence d'ordonner la mesure est attribuée au juge d'instruction (art. 4a PPM) selon la disposition générale de l'*art. 62 PPM*.

Art. 73y 3. Applicabilité de la loi sur les profils d'ADN

L'*art. 73y* reprend mot pour mot la teneur de l'*art. 259 CPP*. On se référera donc aux explications relatives à cette règle dans le message CPP¹²⁷.

4 Conséquences

4.1 Conséquences pour la Confédération

Les caractéristiques constatées par le *phénotypage* sont traitées hors du système d'information géré par la Confédération visé à l'*art. 10* de la loi sur les profils d'ADN (CODIS) et hors d'IPAS (cf. ci-dessus *ch. 2.1.1, Les garde-fous juridiques selon la réglementation proposée*). L'application de cette mesure de procédure pénale ne génère donc pas de charge supplémentaire pour la Confédération. Celle-ci peut mettre en œuvre les recherches élargies en parentèle au moyen de l'infrastructure technique actuelle (système d'information fondé sur les profils d'ADN). Pour sa part, fedpol doit s'attendre à une légère charge

¹²⁵ FF **2006** 1224 (art. 256)

¹²⁶ FF **2006** 1224 (art. 257)

¹²⁷ FF **2006** 1225 (art. 258)

supplémentaire en personnel en ce qui concerne la coordination des procédures et la coopération policière internationale, mais qui devrait pouvoir être couverte par les ressources existantes.

La nouvelle réglementation des délais d'effacement et la procédure simplifiée qui en découle devraient, selon toute attente, se traduire par une réduction de la charge administrative dans la gestion courante, car l'activité de contrôle relevant du domaine de compétences de fedpol devrait avoir tendance à diminuer. Les nouveautés de la procédure d'effacement exigent toutefois des adaptations de la plate-forme de communication Internet (*jMessage Handler*) ainsi que du système d'information IPAS (cf. ci-dessus pour ces deux systèmes, *ch. 2.1.2, Système d'information fondé sur les profils d'ADN, enregistrement et effacement des données*). Les coûts uniques se chiffrent actuellement à un montant d'environ 50 000 francs.

4.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Les laboratoires facturent à l'autorité requérante en moyenne 200 francs pour un profil de personne et entre 400 et 500 francs pour un profil de trace. Par contre, le *phénotypage* d'une trace d'ADN coûtera probablement plus cher. Pour l'effectuer, on aura recours en grande partie aux nouvelles méthodes de séquençage haut débit (*next-generation sequencing, NGS*). On estime que seuls quelques laboratoires auront la possibilité de se procurer l'équipement et les kits d'analyse nécessaires, dont le coût d'acquisition se situe dans un ordre de grandeur allant de 300 000 à 500 000 francs. Parallèlement, le nombre de phénotypages ordonnés chaque année devrait rester plutôt bas, en raison des conditions d'application juridiques restrictives, d'une part, et des limites pratiques lorsqu'on procède à une telle analyse spéciale, d'autre part (cf. *ci-dessus, ch. 2.1.1, Le phénotypage comme instrument de la poursuite pénale*). Le phénotypage permettant d'accroître l'efficacité des enquêtes, des économies indirectes (non quantifiables) pourront, dans certains cas, être réalisées par les autorités d'enquête.

Toutes les recherches élargies en parentèle ont été menées jusqu'ici par les autorités de poursuite pénale cantonales et concernent en majorité des infractions graves portant atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle. Cet outil génère des coûts principalement à la phase de l'enquête, qui est menée hors du système d'information de la Confédération et de l'activité du laboratoire, et qui relève uniquement du domaine de compétences de la poursuite pénale (cantonale). Selon la règle en vigueur, les cantons peuvent jusqu'à un certain degré décider eux-mêmes l'ampleur de cet investissement, en fonction de la fréquence à laquelle ils utilisent ces instruments. Parallèlement, il est à noter que, grâce aux nouvelles analyses supplémentaires qu'il est désormais possible d'effectuer, la charge de travail actuelle parfois énorme (cf. *ci-dessus ch. 2.1.3 Les bases génético-moléculaires*) devrait pouvoir être considérablement réduite à l'avenir.

On peut s'attendre à ce que la nouvelle réglementation des délais d'effacement des profils d'ADN et le processus d'effacement facilité qui en découle entraînent une réduction de la charge administrative à l'échelle cantonale. On notera que cette réduction devrait être d'autant plus importante qu'elle ne se répercutera pas seulement sur le traitement des profils d'ADN, mais aussi, du fait de l'harmonisation des délais d'effacement déjà opérée au plan juridique (cf. *ci-dessus ch. 2.1.2, Les éléments-clefs de la nouvelle réglementation*), sur toutes les données traitées dans AFIS (surtout les empreintes digitales).

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

5.1.1 Compétence législative

En vertu de l'art. 123 Cst., la Confédération est habilitée à légiférer dans les domaines du droit pénal et de la procédure pénale.

5.1.2 Conformité avec les droits fondamentaux

Adaptations législatives dans le domaine de l'analyse de l'ADN

Aperçu

Le phénotypage, la recherche élargie en parentèle et la conservation d'échantillons personnels dans un laboratoire constituent une restriction des droits fondamentaux en vertu de l'art. 10, al. 2, Cst. (liberté personnelle) ainsi que des art. 8, ch. 1, CEDH et 13 Cst. (protection de la sphère privée). L'art. 13, al. 2, Cst. garantit en particulier le droit à l'autodétermination en matière d'information.

Le présent projet de loi remplit la condition d'une base légale formelle. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est en outre établi que "prévenir des actes criminels et élucider ceux qui ont été commis" est "toujours" dans l'intérêt public¹²⁸.

Phénotypage (art. 258b AP-CPP; art. 73x AP-PPM)

Le phénotypage, tout comme le profil d'ADN au sens de l'art. 255 CPP, cause une restriction grave des droits fondamentaux au sens de l'art. 36, al. 1, 2^e phrase, Cst. et doit donc être prévu formellement par une loi.

La qualité de la restriction des droits fondamentaux distingue cependant clairement le phénotypage du profil d'ADN ordinaire. Dans l'arrêt de principe ATF 128 II 259 (consid. 3.3), le Tribunal fédéral qualifie l'établissement et le traitement de profils d'ADN à des fins d'identification des auteurs d'infractions, selon le droit en vigueur (art. 13, al. 2, Cst.), de "légère atteinte au droit à l'autodétermination en matière d'information". Selon lui, le profil d'ADN serait comparable à une "empreinte digitale classique", du fait que "seules des séquences d'ADN non codantes" sont analysées pour "constater des données génétiques d'ordre non personnel" (ibid.). En revanche, les caractéristiques constatées au moyen d'un phénotypage ne sont pas "d'ordre non personnel", mais sont bien au contraire d'ordre personnel.

Les autorités de poursuite pénale recherchent l'auteur d'infraction sur la base des éléments d'information dont elles disposent sur l'apparence physique d'une personne. Ce n'est pas nouveau: les informations recueillies par exemple grâce à des déclarations de témoins ou à des enregistrements d'une caméra de vidéosurveillance constituent aujourd'hui déjà la base des recherches selon l'art. 306, al. 1, let. c, CPP. Le phénotypage est une nouvelle source de renseignements sur les caractéristiques morphologiques des auteurs d'infraction qui vient s'ajouter à ces moyens "classiques". Du point de vue des droits fondamentaux, le phénotypage n'est en rien comparable à la déclaration d'un témoin crédible ou aux prises de vue d'une caméra de surveillance. Celles-ci restituent ce qui est perceptible à l'œil et restent à la surface visible. Or, si le résultat du phénotypage équivaut certes à une information sur l'apparence physique d'une personne,

¹²⁸ ATF 120 Ia 147, consid. 2.d

le processus produisant ce résultat fait intervenir du matériel génétique. Du moment que les caractéristiques recherchées ne se trouvent pas simplement à un endroit précis de l'ADN, mais sont réparties à plusieurs endroits où se trouvent également des informations sur d'autres caractéristiques (des informations excédentaires), l'atteinte à la liberté personnelle et au droit à l'autodétermination en matière d'information que cause le phénotypage est beaucoup plus grave que les observations d'un témoin ou l'enregistrement d'une image.

Par ailleurs, il faut considérer le fait que le résultat du phénotypage peut être utilisé uniquement une fois et exclusivement pour la procédure pénale dans le cadre de laquelle le phénotypage a été ordonné par le ministère public. Ce résultat n'est enregistré dans aucun des systèmes d'information de la police et ne peut donc pas être réutilisé pour d'autres procédures de droit policier ou de droit pénal. Dès le moment où l'auteur de l'infraction est identifié, le résultat d'analyse n'a plus d'utilité et, en tant qu'élément des actes de procédure, il est désormais placé sous le sceau de la confidentialité.

Recherche élargie en parentèle (art. 258a AP-CPP; art. 73w AP-PPM)

Comme nous l'avons vu ci-dessus (*ch. 2.1.3, Recherche élargie: déroulement*), la recherche élargie en parentèle se déroule en deux étapes. De ce fait, elle pose également un défi juridique double:

- (a) La première étape de travail consiste à chercher, *au sein du système d'information (CODIS)*, des personnes dont il est clair d'emblée qu'elles ne sont pas l'auteur de la trace, mais qui, selon toute vraisemblance, ont un lien de parenté avec lui. Ces personnes sont enregistrées dans le système d'information, conformément au droit, en tant que personnes suspectes ou condamnées. Indépendamment de cela, elles font à présent l'objet d'un examen consistant à déterminer si elles ont un lien de parenté avec l'auteur d'une trace en rapport avec une infraction. Cette atteinte supplémentaire à laquelle ce cercle de personnes est exposé s'avère en vérité moindre par rapport à l'atteinte primaire constituée par leur enregistrement dans le système d'information, puisqu'une fois qu'elles y ont été enregistrées conformément au droit, ces personnes sont ensuite systématiquement comparées à chaque nouveau profil d'ADN ajouté dans le système d'information.
- (b) La deuxième étape de travail, *hors du système d'information*, entraîne certes des restrictions des droits fondamentaux envers certaines personnes, suspectes, à savoir envers des personnes que l'autorité de poursuite pénale compétente a identifiées comme parentes et donc potentiels auteurs de la trace sur la base de l'arbre généalogique des personnes enregistrées dans CODIS. Toutefois, cette restriction des droits fondamentaux se déroule dans le respect du droit de procédure pénale en vigueur. Le statut, dans la procédure pénale, de ces personnes analysées est comparable à celui des personnes qui se sont vu établir un profil d'ADN dans le cadre d'une enquête de grande envergure conformément à l'art. 256 CPP. Ces personnes ne sont pas des suspects directs, si bien qu'il n'y a pas de violation de la présomption d'innocence. La restriction des droits fondamentaux naît plutôt du simple fait de devoir d'abord trouver des suspects¹²⁹. Les autorités de poursuite pénale savent que parmi toutes les personnes sur lesquelles elles se sont focalisées, une seule tout au plus se révélera être l'auteur de la trace et toutes les autres pourront ensuite être exclues comme auteur possible. Par ailleurs, il existe encore d'autres mesures de contrainte ordonnées dans le cadre d'une procédure pénale qui ont cette particularité d'exercer une contrainte vis-à-vis de personnes dont il est exclu d'emblée ou du moins

¹²⁹ La problématique de droits fondamentaux dans une enquête de grande envergure porte sur le fait que "les personnes dont l'ADN est prélevé dans le contexte d'enquêtes de grande envergure ne sont pas formellement soupçonnées" (message CPP, FF 2006 1224). Christoph Gusy évoque – en relation avec les prélèvements d'ADN dans une enquête de grande envergure – une "atteinte qui s'est déplacée très en amont de l'élucidation", dans le but "de devoir d'abord trouver des suspects" (Polizei- und Ordnungsrecht, 10. A., Tübingen 2017, note 243).

peu probable qu'elles soient impliquées dans l'acte criminel, comme dans le cas d'une appréhension par la police visée à l'art. 215 CPP, en particulier lors d'une descente de police (art. 215, al. 2, CPP).

L'exigence de proportionnalité (art. 36 Cst. et art. 197, al. 1, let. c, CPP) est prise en compte d'une part par le fait que la recherche élargie est limitée à l'élucidation de crimes. D'autre part, les autorités de poursuite pénale sont tenues de réduire autant que possible le cercle des personnes enregistrées dans le système d'information et ayant un lien de parenté avec la personne recherchée en procédant à des analyses supplémentaires.

Prolongation de la durée de conservation des échantillons dans le laboratoire (art. 9 et 9a, AP-loi sur les profils d'ADN)

Dans son arrêt de principe en l'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni*, la CourEDH renvoie à ce que la conservation de matériel biologique signifie pour les droits fondamentaux, aussi au regard des "usages futurs que l'on pouvait envisager" pour ce matériel. Selon la CourEDH, les échantillons cellulaires auraient non seulement "un caractère éminemment personnel", mais contiendraient également "beaucoup d'informations sensibles sur un individu, notamment sur sa santé"¹³⁰. En conséquence, selon la jurisprudence de la CourEDH, la conservation d'échantillons cellulaires porte atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne concernée au sens de l'art. 8, ch. 1, CEDH¹³¹.

Cette atteinte doit être jugée comme proportionnée au but visé (art. 36, al. 3, Cst.). Les instruments d'investigation nouvellement introduits dans le domaine de l'analyse d'ADN (phénotypage, recherche élargie en parentèle) ont tous deux pour but d'accroître "l'efficacité de la poursuite pénale" au sens de l'art. 1, al. 2, de la loi sur les profils d'ADN. Ils permettent aux autorités de poursuite pénale de mieux cibler la recherche des auteurs d'infraction dans certains cas. En vue d'une enquête de grande envergure, le cercle des personnes appelées à y participer peut en outre être réduit autant que possible. Grâce à la prolongation de la durée de conservation des échantillons prélevés sur des personnes, il sera désormais possible d'effectuer de nouveaux typages, qui permettent à leur tour que l'enquête de grande envergure et la recherche élargie se déroulent dans un plus grand respect des droits fondamentaux.

Nouvelle réglementation d'effacement

Généralités

Les profils d'ADN sont des données sensibles au sens de l'art. 3 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)¹³². Leur traitement exige donc une base légale formelle (art. 17, al. 2, LPD). Cette base est fournie par les dispositions correspondantes dans la loi sur les profils d'ADN.

Le relevé et le traitement de données signalétiques – et donc de profils d'ADN – touche, d'une part, au droit à la liberté personnelle visé à l'art. 10, al. 2, Cst.¹³³ et, d'autre part, au droit au respect de la vie privée visé à l'art. 13, al. 1, Cst. et à l'art. 8, ch. 1, CEDH¹³⁴. Quant à la conservation de données de ce type, elle concerne en premier lieu le droit à la protection contre l'emploi abusif de données personnelles prévu à

¹³⁰ CourEDH, arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2008 § 70s.

¹³¹ CourEDH, arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2008, § 70 à 77 et 120. La question des droits fondamentaux (droit à l'autodétermination en matière d'information) en matière de conservation d'échantillons est également traitée dans: *Blonski*, p. 225

¹³² RS 235.1

¹³³ ATF 120 Ia 147, consid. 2.a. L'ATF 128 II 259 précise: "le prélèvement de sang [dans le but d'établir un profil d'ADN] et le [frottis de muqueuse jugale] constituent une atteinte à l'intégrité corporelle" (consid. 3.2)

¹³⁴ ATF 120 Ia 147, consid. 2.a

l'art. 13, al. 2, Cst., mais aussi, du point de vue de la protection des données, le droit constitutionnel à l'autodétermination en matière d'information¹³⁵. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la conservation de matériel signalétique ne porte "pas d'atteinte grave" à la liberté personnelle¹³⁶. Une restriction des droits fondamentaux – telle que le représente le traitement de données précité – est généralement admissible (uniquement) si elle se fonde sur une base légale, si elle est justifiée par un intérêt public et proportionnée au but visé; de surcroît, elle ne doit pas toucher à l'essence des droits fondamentaux qui est inviolable (art. 36 Cst.)¹³⁷. Dans le droit de procédure pénale, cette exigence est concrétisée dans le domaine des mesures de contrainte par l'art. 197, al. 1, CPP¹³⁸.

L'exigence d'une base juridique est satisfaite, comme nous l'avons vu plus haut. En outre, "élucider les infractions commises et prévenir de nouvelles infractions" sont "toujours" dans l'intérêt public¹³⁹. De même, la CourEDH reconnaît, comme le résume le Tribunal fédéral, qu'"il existe un intérêt prépondérant au maintien de l'ordre et de la sécurité publics grâce à la lutte contre la criminalité, raison pour laquelle la saisie et la conservation d'informations peuvent s'avérer nécessaires"¹⁴⁰. Ce principe s'applique aussi en particulier à la conservation et au traitement des résultats de mesures signalétiques¹⁴¹. En effet:

"les données anthropométriques sont conservées par la police après la clôture de la procédure pénale au cours de laquelle elles ont été établies, car dans le cas des personnes qui se sont rendues coupables d'une infraction d'une certaine gravité relevant du droit pénal, la probabilité qu'elles puissent être impliquées dans une infraction à l'avenir est légèrement plus grande que chez un citoyen ordinaire. S'il existe des données anthropométriques sur une certaine personne, celle-ci [...] sera toujours soupçonnée lorsqu'une infraction impliquant une personne montrant des caractéristiques anthropométriques similaires est commise"¹⁴².

Il reste la question de la proportionnalité des délais de conservation prévus par la loi pour les données signalétiques. Une pesée d'intérêts s'impose entre l'autorité de poursuite pénale qui a tout intérêt à pouvoir garder les données à portée de main et la personne concernée qui a tout intérêt à ce que ses données soient vite effacées dans le système d'information.

Jurisprudence du Tribunal fédéral

Le TF n'a pas encore eu l'occasion de s'exprimer sur les dispositions relatives à la conservation des données signalétiques dans le droit fédéral, c'est-à-dire dans l'ordonnance sur le traitement des données signalétiques biométriques et dans la loi sur les profils d'ADN. En revanche, dans son arrêt ATF 120 Ia 147, il s'est prononcé sur une telle disposition dans le droit cantonal en parvenant aux conclusions suivantes:

- Il n'est "pas conforme au principe de proportionnalité de conserver du matériel anthropométrique pendant une période longue voire illimitée, même si le comportement de la personne concernée a fourni un motif suffisant pour justifier l'établissement du matériel";

¹³⁵ Tribunal fédéral, arrêt 1C_598/2016 du 2 mars 2018, consid. 4.1; ATF 136 I 87, consid. 5.1; voir aussi: ATF 128 II 259, consid. 3.2

¹³⁶ ATF 120 Ia 147, consid. 2.b. Voir aussi: Tribunal fédéral, arrêt 1B_185/2017, consid. 3

¹³⁷ Cf. ATF 133 I 77, consid. 4 et 5, pour une évaluation de l'atteinte aux droits fondamentaux au sens de l'art. 10, al. 2 (liberté personnelle) et 13, al. 2, Cst. (protection contre l'emploi abusif des données qui concernent une personne) causée par le relevé, la conservation et le traitement de données signalétiques.

¹³⁸ Tribunal fédéral, arrêt 1B_185/2017, consid. 3

¹³⁹ ATF 120 Ia 147, consid. 2.d

¹⁴⁰ Tribunal fédéral, arrêt 1C_598 du 2 mars 2018, consid. 8.3.1

¹⁴¹ ATF 120 Ia 147, consid. 2.d

¹⁴² ATF 120 Ia 147, consid. 2.e

- "Dans les cas de peu de gravité, il paraît[rait] raisonnable d'éliminer les données anthropométriques après une durée de cinq ans."
- La prescription de l'action pénale justifie "un délai approprié de conservation des documents anthropométriques, si la personne concernée a été jugée pour l'acte qui lui a été reproché ou s'il a été constaté par une décision judiciaire entrée en force qu'elle est bien la personne qui a commis les actes". (En vertu de l'art. 97 CP, l'action pénale est prescrite après 30, 15, 10 ou 7 ans selon la gravité de la sanction).
- Si la personne concernée s'avère innocente, les données signalétiques doivent être effacées ou éliminées "immédiatement"¹⁴³.

Le Conseil fédéral considère que la nouvelle réglementation proposée est également conforme à ces exigences, car, de fait, elle ne s'écarte que légèrement de la législation en vigueur en ce qui concerne les différents délais d'effacement.

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

De même, on peut estimer que la nouvelle réglementation satisfait aux exigences de l'art. 8 CEDH. D'une façon générale, la CourEDH confère une marge de manœuvre considérable aux États individuels pour ce qui est de la question de la conservation des données signalétiques. Elle a en revanche fixé une limite dans son arrêt de principe du 4 décembre 2008 en l'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni*, en décrétant que conserver des profils d'ADN de personnes soupçonnées mais non condamnées dans un système d'information pendant une durée illimitée n'était pas proportionnel et qu'il y avait donc violation de l'art. 8 CEDH¹⁴⁴. Dans l'affaire *Aycaguer c. France*, la CourEDH a jugé qu'une durée de conservation fixe de quarante ans pour les profils de personnes était incompatible avec l'art. 8 CEDH, car cette règle "ne traduit pas un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu"¹⁴⁵.

Pour autant qu'on puisse en juger, la doctrine suisse ne s'est pas intéressée plus avant à la question de la conformité des dispositions fédérales sur la conservation avec le droit constitutionnel et la CEDH. Il existe seulement une – brève – analyse dans laquelle l'auteure conclut que cette réglementation est conforme à la jurisprudence de la CourEDH et à la condition de l'art. 8 CEDH¹⁴⁶.

Résultat

La nouvelle réglementation proposée en matière d'effacement est si différenciée qu'elle se situe manifestement dans le cadre de la proportionnalité. Ce constat se confirme lorsqu'on compare la nouvelle réglementation proposée avec celles beaucoup plus strictes d'autres pays (cf. ci-dessus *ch. 2.1.2, Comparaison avec le droit étranger*). Le principe de proportionnalité autorise une certaine marge d'appréciation au moment de fixer en détail les délais de conservation. La réduction graduelle de différenciation provoquée par la réduction de la liste des cas d'effacement est, selon l'avis du Conseil fédéral, plus que compensée par le fait que cette réglementation est plus facile à appliquer dans la pratique et donc d'autant plus fiable. Ce plus haut degré de fiabilité accroît également la protection des droits fondamentaux et ce, de manière déterminante: il y a en effet moins de risques qu'un profil d'ADN soit conservé par erreur dans le système

¹⁴³ ATF 120 Ia 147, consid. 2.e et 2.f

¹⁴⁴ CourEDH, arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2008, sur: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90052>. La CourEDH reconnaît que les États ont une marge d'appréciation pour fixer le régime de conservation des données (ibid., § 125). Pour une référence plus récente du Tribunal fédéral à la jurisprudence correspondante de la CourEDH: cf. arrêt du 2 mars 2018 1C_598/2016, consid. 8.3.1.

¹⁴⁵ CourEDH, arrêt *Aycaguer c. France* du 22 juin 2017, §§ 42-47, sur: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-174441>

¹⁴⁶ *Blonski*, p. 223/224, et, de la même auteure, remarques relatives à l'arrêt du 4 décembre 2008 de la CourEDH en l'affaire *S. et Marper c. Royaume-Uni*, dans: AJP 3/2009, p. 363 ss., 368

d'information alors que sa durée de conservation est échue. De même, il y a aussi moins de risques qu'une concordance soit obtenue illicitement pour un profil qui ne devrait plus figurer dans le système d'information, avec pour conséquence une incertitude sur la possibilité d'utiliser cette concordance devant un tribunal.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

De nombreux instruments élaborés dans le cadre du Conseil de l'Europe et des Nations Unies concernent des questions de procédure pénale. Parmi eux se distinguent le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)¹⁴⁷ et, à l'échelon européen, la CEDH.

La réglementation proposée est compatible avec le droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH, art. 17 Pacte ONU II; cf. ci-dessus *ch. 5.1.2*).

Le Pacte ONU II et la CEDH contiennent tous deux une série de garanties qui se recoupent largement et qui doivent être respectées dans le cadre d'une procédure pénale. Jusqu'ici, la CEDH est celle qui a eu le plus d'importance pour la Confédération et les cantons dans leur activité législative et leur pratique en matière de procédure pénale. Les nouveautés et les adaptations du droit existant proposées dans ce projet de loi sont compatibles avec les obligations internationales précitées (cf. ci-dessus *ch. 5.1.2*).

5.3 Forme de l'acte à adopter

Les modifications de la loi sur les profils d'ADN, du CPP et de la PPM doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale (art. 164, al. 1, let. c, Cst.).

5.4 Délégation de compétences législatives

Par l'art. 22, let. g, AP-loi sur les profils d'ADN, le Conseil fédéral se voit attribuer la compétence de régler plus en détail les exigences techniques de la procédure d'analyse, les exigences de qualité, le contenu de l'expertise remise par le laboratoire au ministère public, les mécanismes de contrôle, la sécurité de l'information, etc. dans le domaine du phénotypage.

¹⁴⁷ RS 0.103.2

Bibliographie

- BECK MAREN, Die DNA-Analyse im Strafverfahren. De lege lata et ferenda. Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft – Neu Folge, vol. 35, Baden-Baden 2015 (cité *Beck*)
- BLONSKI DOMINIKA, Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, vol./n° 816, 2015 (cité *Blonski*)
- BUTLER JOHN M., Fundamentals of Forensic DNA Typing, San Diego 2010 (cité *Butler*)
- COQUOZ RAPHAËL, COMTE JENNIFER, HALL DIANA, HICKS TACHA, TARONI FRANCO, Preuve par l'ADN. 3^e éd., Lausanne 2013 (cité *Coquoz et al.*)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (éditeur), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014 (cité BSK StPO-*auteur*, commentaire art.)
- PFLUGBEIL ANNE-MARIE/THIELE KARLHEINZ/LABUDDE DIRK, DNA-Phänotypisierung, dans: Labudde Dirk/Spranger Michael (éditeur) Forensik in der digitalen Welt. Moderne Methoden der forensischen Fallarbeit in der digitalen und digitalisierten realen Welt, Springer-Spektrum, 2017 (cité *Pflugbeil et al.*)
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2017 (cité *Schmid/Jositsch-Handbuch*)
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Praxiskommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3^e éd., Zurich/St-Gall 2018 (cité *Schmid/Jositsch-Praxiskommentar*, commentaire art.)
- VUILLE JOËLLE, HICKS TACHA, KUHN ANDRÉ, Les recherches familiales basées sur les profils d'ADN (ou recherches en parentèle) en droit suisse, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, vol. 131/2013, p. 141 ss (cité *Vuille et al.*)
- WIRTH INGO/SCHMELING ANDREAS, Rechtsmedizin. Grundwissen für die Ermittlungspraxis, 3^e éd., Heidelberg 2012 (cité *Wirth/Schmeling*)

Documentation

- Message du 8 novembre 2000 relatif à la loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans le cadre d'une procédure pénale et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues, FF **2001** 19 (cité *message loi sur les profils d'ADN*).
- Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF **2006** 1057 (cité *message CPP*).
- Message du 5 juillet 2017 concernant la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, FF **2017** 5253 (cité *message LAGH*).

