

LA LEVÉE DU SECRET MÉDICAL EN PRISON: QUELQUES ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION

ANTONELLA CEREGHETTI

Avocate spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances

Mots-clés: levée du secret médical, exécution des peines et mesures, constitutionnalité

Les cantons de Genève, Vaud et du Valais ont mis en consultation des projets de modifications de loi, prévoyant des obligations pour les professionnels de la santé de transmettre des informations en lien avec la dangerosité d'un condamné. Ces projets, qui mettent en tension des valeurs éthiques et juridiques fondamentales, sont inutiles, inefficaces et ne répondent pas aux conditions posées par l'art. 36 Cst.

Suite à une recommandation émise le 31 octobre 2013 par la Conférence latine des chefs de départements de justice et police (CLDJP), les cantons de Genève, Vaud et du Valais ont mis en consultation des projets de modifications de loi, prévoyant des obligations pour les professionnels de la santé de transmettre des informations en lien avec la dangerosité d'un condamné¹.

Ces projets, qui mettent en tension des valeurs éthiques et juridiques fondamentales, ont suscité de nombreuses réactions négatives, en particulier des sociétés cantonales de médecine, de la FMH², ou encore de la commission d'éthique pour la médecine humaine³, et ne convainquent pas sur le plan juridique⁴.

I. Les modifications législatives proposées

Les projets présentés s'inscrivent dans le cadre des compétences législatives des cantons en matière d'exécution des peines et d'organisation de la santé.

Le projet de loi genevois prévoit l'insertion d'un article 5A dans la loi genevoise d'application du Code pénal (LaCP)⁵. L'alinéa 1^{er} concerne le secret de fonction et dispense le professionnel de la santé de l'obligation de s'adresser à l'autorité compétente dans les cas où il estime devoir révéler aux autorités des informations pertinentes. L'alinéa 2 vise quant à lui le secret professionnel et impose une obligation de signalement à la charge du professionnel de la santé lorsqu'une information pourrait permettre d'apprécier la dangerosité du condamné.

Le projet de loi valaisan prévoit l'insertion des articles 28a et 28b dans la loi valaisanne d'application du Code pénal (LACPP)⁶. Le premier limite le secret de fonction en prévoyant une obligation de renseigner et de collaborer de toute une série d'autorités et d'administrations publiques chargées de l'exécution des peines et mesures, ainsi que les partenaires de droit public du réseau de pro-

bation. Le second limite le secret professionnel en prévoyant que les professionnels de la santé en charge d'un condamné dont le caractère dangereux est présumé et qui est astreint à une mesure (59, 63, 64 CP), à une assistance de probation (93 CP), ou à une règle de conduite (94 CP) ont une obligation d'informer l'autorité administrative ou judiciaire chargée de l'exécution des peines et mesures sur des faits importants, du point de vue de la sécurité publique, pouvant avoir une influence sur la mesure en cours, sur les allègements dans l'exécution ou, d'une manière générale, sur l'appréciation de la dangerosité du condamné.

Le projet de loi vaudois prévoit l'insertion des articles 33e et 33f dans la loi vaudoise d'exécution des peines (LEP)⁷. Le premier impose aux médecins, psychologues et tout autre intervenant thérapeutique ou de soin d'informer la direction de l'établissement concerné des

- 1 Projet de loi genevoise PL 11404 modifiant la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP) (E 4 10) du 27 août 2009; Projet de loi modifiant la loi du 4 juillet 2006 sur l'exécution des condamnations pénales (LEP); Projet de loi valaisanne modifiant la loi d'application du code pénal suisse du 11 février 2009 (LACPP).
- 2 Fédération des médecins suisses (FMH), Communiqué de presse relatif aux projets de loi concernant le secret médical dans les cantons de Genève et du Valais, Berne, mai 2014.
- 3 Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine, Prise de position n° 23/2014 sur l'obligation de communiquer des informations couvertes par le secret médical en prison, Berne, mai 2014.
- 4 PHILIPPE DUCOR, Secret médical en prison: la troisième victime?, Revue médicale suisse, N° 430 2014, p. 1084 ss.
- 5 Loi [de la république et canton de Genève] d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 19 mars 2014 (LaCP) (RSG E 4 10).
- 6 Loi [du canton du Valais] d'application du code de procédure pénale suisse du 11 février 2009 (LACPP; RS 312.0).
- 7 Loi [du canton de Vaud] sur l'exécution des condamnations pénales du 4 juillet 2006 (LEP; RSV 340.01).

faits importants dont ils ont connaissance et qui pourraient porter atteinte à la sécurité de la personne détenue, de l'établissement, du personnel, des co-détenus ou de la sécurité publique, la notion de faits importants devant être précisée par directive du Conseil d'Etat. Le second obligeant les médecins et tout autre intervenant thérapeutique mandaté par l'autorité dans le cadre d'une mesure (art. 56 à 64 CP) a renseigner cette dernière, à sa demande, sur le suivi et l'évolution du traitement.

II. Analyse critique

1. Conflits de droits fondamentaux

La problématique de la limitation du secret médical pour les personnes détenues met en tension plusieurs droits fondamentaux. D'un côté, le droit à la vie, garanti par l'art. 10 al. 1 Cst.⁸ et l'art. 2 de la CEDH⁹, impose non seulement à l'Etat l'obligation de s'abstenir de provoquer la mort de ses justiciables de manière volontaire et irrégulière, mais également celle de les protéger contre les actes criminels d'autres particuliers¹⁰. De l'autre, l'art. 13 Cst. et l'art. 8 CEDH imposent à l'Etat de respecter la sphère privée des individus et de les protéger contre l'emploi abusif des données qui la concernent.

En outre, l'Etat doit protéger et garantir la dignité humaine (art. 7 Cst.) et garantir l'application de l'art. 10 al. 3 de la Cst. qui dispose que la torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants sont interdits.

La Constitution fédérale ne prévoit elle-même aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux. Aussi, lorsque l'exercice d'un droit fondamental par une personne, voire la concrétisation d'un tel droit par une autorité à travers la poursuite d'un intérêt public, se heurte à l'exercice d'un ou de plusieurs autres droits fondamentaux par une personne, il y a conflit de libertés¹¹.

Les principes permettant de ménager un juste équilibre ou de déterminer une hiérarchisation légale des valeurs dans un contexte donné sont posés par l'art. 36 Cst. qui exige que, outre une base légale formelle, la restriction de l'un ou l'autre de ces droits fondamentaux soit justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et qu'elle soit proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.)¹².

En l'occurrence, force est de constater que les restrictions envisagées ne répondent pas à ces principes. Non seulement, elles sont inutiles, mais sous cette forme, elles ne sont pas de nature à atteindre le but visé, à savoir la protection de l'intérêt public et du droit à la vie.

2. De l'inutilité des restrictions envisagées

Afin de juger de l'opportunité d'instaurer une obligation de dénoncer des faits soumis au secret professionnel, il convient de rappeler brièvement quel est le système actuel en matière de médecine pénitentiaire.

A) Distinction entre le médecin et l'expert

Le système distingue clairement l'activité et les obligations des professionnels de la santé dans le milieu carcéral,

selon qu'ils fonctionnent comme expert sur mandat des autorités ou qu'ils apportent des soins aux détenus dans le cadre d'une relation thérapeutique (volontaire ou instituée par une mesure). Dans le premier cas, le mandat qui est confié aux experts vise notamment à évaluer la responsabilité pénale, la dangerosité et le risque de récidive. L'expert doit répondre aux questions qui lui sont posées (art. 182 ss CPP)¹³ et, dans cette mesure, n'est pas soumis au secret professionnel. Dans le second cas, le secret médical est pleinement applicable aux professionnels de la santé et c'est précisément cette obligation de confidentialité qui est visée par les projets en cours de consultation.

B) Le secret professionnel

Le principe même du secret médical est posé à l'art. 321 ch. 1 CP qui prévoit notamment que les médecins et les psychologues, ainsi que leurs auxiliaires et les étudiants, qui auront révélés un secret à eux confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende.

Ce secret n'est toutefois pas absolu. Le droit fédéral prévoit plusieurs exceptions dans lesquelles la révélation de certains faits n'est pas punissable. La première est le *consentement du patient* à ce que des informations soient divulguées (art. 321 ch. 2 CP). Si le professionnel de la santé estime que certaines informations doivent être divulguées et qu'il n'a pas l'accord de son patient, soit parce qu'il n'a pas pu le recueillir, soit parce que le patient l'a refusé, il devra alors faire usage de la seconde exception (art. 321 ch. 2 CP), soit demander *l'autorisation de son autorité de surveillance*. Enfin, la troisième exception résulte des *législations fédérales ou cantonales* instituant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (art. 321 ch. 3 CP).

Concrètement, le caractère obligatoire de la transmission d'informations relève pour l'essentiel de la législation sur les épidémies¹⁴, du devoir de signalement des morts suspectes¹⁵ ou encore des morsures de chien¹⁶. Par ail-

⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101).

⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101).

¹⁰ HECTOR ENTENZA, La protection générale de la société contre les agissements éventuels de personnes purgeant une peine d'emprisonnement pour crimes violents, *in* AJP, 2013 S 1575

¹¹ Arrêt 2C_421/2013 du 21 mars 2013 et références citées; ATF 137 I 167 consid. 3. 7 p. 176.

¹² ATF 140 II 157 consid. 7.3 p. 161; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3^e éd., 2013, n. 278 p. 126; CÉLINE MARTIN, Grundrechtskollisionen, 2007, p. 125 ss, 255 ss et 281).

¹³ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0).

¹⁴ Art. 27 loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (loi sur les épidémies, LEp; RS 818.101) et ses ordonnances.

¹⁵ Art. 253 al. 4 CPP.

¹⁶ Art. 78 de l'ordonnance sur la protection des animaux du 23 avril 2008 (OPAn; RS 455.1).

leurs, l'obligation de communiquer des informations couvertes par le secret professionnel découle également du devoir général de ne pas mettre en danger la vie d'autrui, qui s'impose à tout un chacun et donc a fortiori aux professionnels de la santé¹⁷.

Le caractère facultatif de la transmission d'informations couvertes par le secret professionnel résulte de normes fédérales spécifiques qui ont trait à l'abus de stupéfiants,¹⁸ à l'incapacité de conduire¹⁹, à la mise en danger des mineurs dans leur développement²⁰ ou encore à la recherche médicale et de santé publique²¹. Les faits justificatifs de la partie générale du Code pénal sont également applicables à la violation du secret professionnel. Dans ce contexte, on cite souvent l'état de nécessité (art. 17 CP) qui permet à un médecin en situation d'urgence – c'est-à-dire qui ne dispose pas du temps nécessaire pour s'adresser à l'autorité compétente – de révéler des informations confidentielles à des tiers pour qui elles sont d'une importance primordiale²².

Ces dispositions fédérales sont complétées par les législations sanitaires cantonales qui, pour l'essentiel, ne modifient pas le contenu du secret professionnel, mais étendent le cercle des personnes qui y sont tenues ou prévoient des situations dans lesquelles il peut ou doit être levé. La plupart de ces dispositions reprennent le caractère obligatoire des déclarations prévues dans le droit fédéral et peuvent, dans les domaines de la compétence cantonale, prévoir soit une obligation, soit une faculté d'aviser les autorités. Pratiquement, les normes cantonales sont très disparates²³ et l'obligation de divulguer des informations est à géométrie variable²⁴.

C) Le secret de fonction

Destiné à protéger l'institution ou l'établissement public, le secret de fonction est prévu à l'art. 320 CP²⁵, qui dispose que les membres d'une autorité ou les fonctionnaires qui auront révélé un secret qui leur a été confié ou dont ils ont eu connaissance dans le cadre de leur charge ou de leur emploi seront punis de l'emprisonnement ou de l'amende, même si cette révélation a eu lieu après que la charge ou l'emploi a pris fin²⁶. A la différence du secret professionnel, l'infraction se poursuit d'office et les conditions permettant d'en être délié sont plus strictes, puisqu'elles ne comprennent pas le consentement du patient, mais seulement celui de l'autorité supérieure.

Comme on peut le constater, la législation actuelle prévoit déjà un système permettant aux acteurs de la médecine pénitentiaire de lever leur secret professionnel lorsque le détenu/patient présente un danger pour la vie et la sécurité d'autrui ou de lui-même, de sorte que les restrictions proposées ne présentent aucun bénéfice au regard du but visé.

3. De l'inefficacité des restrictions envisagées

A) L'appréciation de la dangerosité

La plupart des cantons ont tenté de résoudre la question du devoir ou de l'absence de devoir de renseigner les autorités lorsqu'un soignant constate des lésions compa-

tibles avec un acte criminel²⁷. Dans le cadre des propositions de modifications législatives présentées aujourd'hui, il s'agirait pour les soignants d'anticiper un acte criminel en appréciant la dangerosité de leur patient, notion expressément mentionnée par les projets genevois et valaisan et indirectement par le projet vaudois, qui se réfère à des faits importants pouvant porter atteinte à la sécurité. Cependant, il faut souligner que le Conseil d'Etat devrait préciser par directive ce que sont ces faits importants et l'on peut sérieusement douter qu'une directive constitue une base légale suffisante au regard de l'art. 36 Cst.

Or, la dangerosité est un concept aux contours multiples, empreint de subjectivité, et qui recouvre toute sorte de niveaux de lecture. S'agit-il de la dangerosité imprégnée d'émotions, de peur et d'insécurité, mise en avant par les médias ou d'une dangerosité examinée par des experts au regard du risque de récidive et estimée avec des outils d'évaluation du risque²⁸? S'agit-il d'un danger potentiel ou d'un danger immédiat? Se réfère-t-on aux propos tenus par le détenu, à son comportement ou aux impressions générales du soignant? Les projets de lois soumis en consultation n'apportent pas de réponse à ces questions et ne définissent pas les critères permettant aux professionnels de la santé de déterminer lorsqu'ils doivent renseigner l'autorité. Ainsi, sauf à signaler sans distinction toute confiance qui leur serait faite, le flou de la notion de dangerosité ne permet pas de protéger l'intérêt public de manière plus efficace que le système légal ne le permet déjà aujourd'hui.

B) La prévention spéciale

La tâche de prévention spéciale assignée au droit pénal, à côté de ses missions de répression et de prévention géné-

17 Ce devoir général est consacré par les dispositions du Code pénal qui répriment l'exposition (art. 127 CP) et l'omission de porter secours (art. 128 CP).

18 Art. 15 al. 1^{er} de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (loi sur les stupéfiants [LStup]; RS 812.121).

19 Art. 14 al. 4 de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR; RS 741.01).

20 Art. 358^{ter} CP.

21 Art. 321^{bis} CP.

22 JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *Revue suisse du droit de la santé (RSDS)* 2/2004, p. 21 ss.

23 JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Pour une harmonisation du secret professionnel des soignants, *Jusletter* 27 août 2012, p. 2 ss. p. 21 ss.

24 Pour une vue d'ensemble des dispositions légales cantonales en matière d'exécution des peines et des mesures, voir le rapport explicatif relatif au postulat Amherd, publié le 26 mars 2014 par le Conseil fédéral; *Contrôle de l'exécution des peines et des mesures en Suisse*, Berne, p. 40.

25 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0).

26 Certaines législations cantonales soumettent en outre les collaborateurs d'institutions de droit public au secret de fonction.

27 JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Pour une harmonisation (...), p. 2 ss.

28 VALÉRIE MOULIN, JACQUES GASSER, Intérêt et limites de l'évaluation du risque de récidive d'actes illégaux dans les expertises psychiatriques, *Revue médicale suisse*, N° 354, 2012, p. 1775 ss.

rale, implique que la sanction infligée à l'auteur d'une infraction contribue à le détourner de la récidive. Dans cette perspective, le système des peines et mesures prévoit toute une série de dispositions permettant d'ordonner un traitement thérapeutique à un condamné, que ce soit par le biais des mesures (art. 59, 60, 63, 64 CP), de l'assistance de probation (93 CP), de règles de conduites (94 CP) ou encore de conditions mises à l'octroi d'un sursis à la peine (art. 44 CP).

Or, la confiance nécessaire à tout traitement thérapeutique ne peut se construire sans la confidentialité qui constitue la meilleure garantie qu'une alliance thérapeutique puisse se nouer. Le médecin auquel le suivi thérapeutique est confié dans ce cadre a l'obligation de renseigner l'autorité d'exécution sur le respect ou non de la mesure par le condamné. Le secret médical est levé dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, ce qui permet de concilier la protection de l'intérêt public avec la sécurité et le respect du droit à la vie privée.

L'obligation de communiquer des informations couvertes par le secret ne peut qu'inciter le détenu à taire des informations qui seraient utiles à la thérapie, et cela d'autant plus si les critères de divulgation ne sont pas clairement définis. En d'autres termes, cette obligation a pour effet de vider de sa substance le but assigné aux traitements thérapeutiques ordonnés en vue de détourner le condamné de la récidive.

C) *L'absence d'harmonisation*

La levée du secret médical des personnes détenues fait l'objet de législations cantonales à géométrie variable et l'absence d'harmonisation engendre une insécurité juridique qui rend difficile l'application pratique des obligations de renseigner envisagées²⁹. En effet, un détenu peut être soumis à des régimes légaux et réglementaires diffé-

rentielles, selon le canton pénitentiaire dans lequel il est placé ou le canton dont dépend le professionnel de la santé concerné. Là encore, le but visé par la restriction du droit fondamental à la vie privée ne sera pas réalisé.

III. Conclusion

Les propositions de modifications législatives cantonales font suite à l'assassinat de deux jeunes femmes par des condamnés ayant bénéficié d'un allègement dans l'exécution de leur peine (art. 75a al. 2 CP). Ni dans un cas ni dans l'autre, le secret médical n'était en cause. Or, l'émotion suscitée par ces deux drames, si elle est compréhensible, a conduit à une précipitation législative qui relève plus d'une réaction populiste que d'une véritable réflexion sur l'efficacité de telles mesures pour la protection de la sécurité publique.

Le partage d'informations entre les professionnels de la santé et les autorités d'exécution de peine est bien sûr indispensable à la sécurité et à la protection de l'intérêt public, mais une modification législative n'est pas nécessaire pour le mettre en place. Le système législatif actuel permet déjà un tel partage d'informations et, si des améliorations doivent être apportées, elles devraient plutôt tendre à encourager la médecine pénitentiaire à fixer des critères permettant d'identifier les situations exigeant une demande de levée du secret professionnel à l'autorité de surveillance.

²⁹ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, *Le secret professionnel (...)*, p. 21 ss; MANON JENDLY, *Le secret de fonction et le secret médical incarcérés: proposition d'un modèle de partage des informations confidentielles en exécution de peine privative de liberté*, *Revue pénale suisse (RPS)* 124/2006, p. 245 ss.