

Date de dépôt : 21 décembre 2016

Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative populaire cantonale 159 « Garantir le secret médical pour tous protège mieux la société »

- | | |
|--|--------------------------|
| 1. Arrêté du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la Feuille d'avis officielle le | 16 septembre 2016 |
| 2. Arrêté du Conseil d'Etat au sujet de la validité de l'initiative, au plus tard le | 16 janvier 2017 |
| 3. Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative, au plus tard le | 16 janvier 2017 |
| 4. Décision du Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative et sur l'opposition éventuelle d'un contreprojet, au plus tard le | 16 septembre 2017 |
| 5. En cas d'opposition d'un contreprojet, adoption par le Grand Conseil du contreprojet, au plus tard le | 16 septembre 2018 |

Mesdames et
Messieurs les Députés,

Le Conseil d'Etat, après avoir, par arrêté du 21 décembre 2016, déclaré valide l'initiative populaire cantonale 159 (ci-après : IN 159), présente au Grand Conseil son rapport relatif à la prise en considération de l'initiative.

Le texte de l'IN 159 porte sur le nouvel article 5A *Devoir d'information* introduit dans la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 27 août 2009 (LaCP; E 4 10). Il s'agit d'une modification légale récente, puisque l'article 5A LaCP a été adopté par le Grand Conseil le 4 février 2016 et que son entrée en vigueur remonte au 9 avril 2016 (loi 11404).

S'appliquant aux personnes condamnées en thérapie, l'article 5A LaCP instaure le devoir d'information entre professionnels de la santé et autorités pénitentiaires, tout en rendant obligatoires et systématiques les règles prévues par le code pénal et qui permettent la levée du secret médical. L'actuel article 5A LaCP a ainsi pour objectif de protéger la collectivité, les professionnels de la santé, mais aussi la qualité des soins ainsi que la personne condamnée de toute carence et de toute dérive en matière de transmission d'information.

En préambule, le Conseil d'Etat note que les initiants n'ont pas fait usage du délai référendaire pour s'opposer à l'entrée en vigueur du nouvel article 5A LaCP. Ils ont préféré la voie de l'initiative en déposant un texte qui a pour conséquence d'annuler la portée de la modification venant d'être adoptée par le Grand Conseil. Les auteurs de l'IN 159 visent, en effet, à remplacer l'actuel article 5A LaCP par un texte, en apparence très proche, mais reformulé de sorte à exclure toute portée obligatoire aux nouvelles dispositions sur le devoir d'information.

A. PRISE EN CONSIDÉRATION DE L'INITIATIVE

Dans le présent rapport, le Conseil d'Etat fait part de sa position sur la prise en considération de l'initiative comme suit :

1. Responsabilité institutionnelle et devoir d'information face aux infractions commises par des condamnés dangereux
 - a) Cadre limité aux personnes condamnées et à leurs thérapeutes
 - b) Possibilité de légiférer offerte par le code pénal
 - c) Solution conciliant les approches médicales et pénitentiaires

2. Devoir d'information selon l'article 5A LaCP et impact de l'IN 159
 - a) Etat de nécessité (alinéa 2)
 - b) Evaluation de la dangerosité (alinéa 3)
 - c) Levée du secret professionnel (alinéa 4)

C'est sur cette base qu'il exprimera ensuite ses recommandations au Grand Conseil concernant la suite à donner à cette initiative.

1. Responsabilité institutionnelle et devoir d'information face aux infractions commises par des condamnés dangereux

Les cantons de Vaud et de Genève ont été marqués en 2013 par deux assassinats (Marie et Adeline) perpétrés par des condamnés dangereux au bénéfice d'allègements dans le cadre de l'exécution de leur peine. Les exécutifs cantonaux ont alors questionné le fonctionnement de leurs propres institutions, cherchant à éviter que d'autres drames ne se produisent.

En réaction à ces événements, la Conférence latine des chefs des départements de justice et police (CLDJP) a invité les gouvernements des cantons latins à adapter leurs législations cantonales par sa recommandation du 31 octobre 2013 concernant les détenus dangereux. Cette recommandation préconisait notamment que les médecins, les psychologues et tous autres intervenants thérapeutiques chargés de détenus soient libérés du secret médical et du secret de fonction¹ afin d'éviter que, par défaut d'information, la sécurité de la collectivité, des professionnels ou de toute autre personne en contact avec des détenus ne soit mise en danger.

Le Conseil d'Etat a quant à lui commandé en septembre 2013 un rapport d'expertise visant à anticiper de nouveaux risques. Il s'agissait de recenser les lacunes du cadre législatif, réglementaire et procédural en vigueur et de proposer des réformes, ainsi que des pistes d'amélioration. Le rapport final² remis aux autorités genevoises en janvier 2014 concluait notamment à la faiblesse du dispositif due à la problématique du secret médical pour ce qui touchait à la transmission d'informations entre, d'une part, les professionnels

¹ Recommandation du 31 octobre 2013 de la Conférence latine des autorités cantonales compétentes en matière d'exécution des peines et des mesures relative à l'échange d'informations et à la non-opposabilité du secret médical et/ou de fonction en rapport avec la dangerosité d'un détenu et pouvant avoir une incidence sur son évaluation ou sur les conditions d'allègement dans l'exécution.

² Rapport final de M^e Bernard Ziegler dans l'enquête administrative ordonnée par le Conseil d'Etat à la suite du drame de « La Pâquerette » (http://www.ge.ch/conseil_etat/2013-2018/communiqués/doc/20140205-annexe.pdf)

de la santé chargés de la thérapie des personnes condamnées et, d'autre part, les experts chargés d'évaluer leur dangerosité. Il appartenait dès lors à l'exécutif cantonal de remédier au plus vite à cette lacune, sans attendre pour cela qu'un nouveau drame ne se produise qui mettrait cette fois directement en cause le secret médical.

Ce sont donc des événements tragiques questionnant le fonctionnement des institutions qui ont suscité le besoin de renforcer l'évaluation de la dangerosité des personnes condamnées, par une meilleure transmission d'informations entre professionnels de la santé et autorités pénitentiaires.

a) Cadre limité aux personnes condamnées et à leurs thérapeutes

Les auteurs de l'IN 159 s'opposent au nouvel article 5A LaCP déjà en vigueur en invoquant une « érosion du secret médical » et un risque de contagion à d'autres professions comme les avocats et les ecclésiastiques. Or, c'est précisément pour protéger le secret médical dans son ensemble – et éviter qu'à l'occasion d'un autre drame, il ne soit fondamentalement remis en question de manière plus générale – qu'il était nécessaire de clarifier et consolider sa pratique dans le contexte bien délimité des personnes condamnées en thérapie, soit dans les situations suivantes³ :

- a) personnes condamnées et astreintes à un traitement institutionnel ou ambulatoire ordonné dans le cadre de l'exécution d'une peine ou d'une mesure (articles 59, 60, 61, 63 et 64 du code pénal suisse, du 21 décembre 1937; RS 311.0, ci-après : CP);
- b) personnes condamnées soumises à une assistance probatoire ou à des règles de conduite et qui suivent une thérapie dans ce cadre (articles 93 et 94 CP);
- c) personnes condamnées dont le caractère dangereux est admis, en raison de l'infraction commise (contre l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui) et qui suivent une thérapie volontaire.

Les dispositions contestées par l'initiative auraient pu être inscrites dans la loi sur la santé, du 7 avril 2006 (LS; K 1 03), laquelle recense les normes valables pour tous les professionnels de la santé. Au lieu de cela, l'exécutif cantonal a choisi d'ancrer le nouvel article 5A dans les normes d'application du code pénal, soit la LaCP. De plus, l'article a été inséré dans le même chapitre que celui qui définit les compétences de la commission d'évaluation de la

³ S'agissant des professionnels de santé susceptibles d'intervenir en milieu carcéral pour d'autres soins ou auprès d'autres catégories de personnes détenues, l'article 5A LaCP ne s'applique pas. En revanche, ces mêmes professionnels de santé, face à un état de nécessité ou à tout autre besoin de communiquer, peuvent le faire aux conditions des articles 17 et 321 du code pénal suisse.

dangérosité (CED) et du département de la sécurité et de l'économie (DSE). Son périmètre d'application se trouve de la sorte clairement circonscrit aux seuls intervenants thérapeutiques œuvrant dans le cadre d'exécution de peines et de mesures, soit auprès des personnes condamnées et des détenus parmi les plus dangereux pour la société. En conclusion, ce rattachement intentionnel de l'article 5A LaCP au cadre légal pénal et non sanitaire vise justement à éviter toute généralisation à l'ensemble des professionnels de la santé.

b) Possibilité de légiférer offerte par le code pénal

Le secret professionnel concerne aussi bien les métiers de la santé – médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues – que d'autres professions, comme les ecclésiastiques ou les avocats. Il est protégé par l'article 321 CP. Cet article prévoit que la violation du secret n'est pas punissable si l'intéressé y a consenti ou si le professionnel a été délié par une autorité supérieure ou de surveillance (art. 321, al. 2 CP). L'article 321 réserve aussi la possibilité pour une loi fédérale ou cantonale d'édicter des règles s'agissant de l'« obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice » (art. 321, al. 3 CP).

C'est donc en application de cette latitude prévue par le code pénal suisse, et sans pour autant renoncer à la protection du secret médical, que le nouvel article 5A a pu être adopté et inséré dans la LaCP. De plus, le fait que le code pénal prévoit expressément une marge de manœuvre pour légiférer et, en l'occurrence, permette aux cantons d'instaurer l'obligation de renseigner une autorité montre bien qu'il existe des situations dans lesquelles, contrairement à ce que prétendent les initiants, l'application seule du code pénal suisse ne suffit pas.

A noter que le canton de Genève n'est pas le seul à avoir légiféré dans ce sens. En effet, des dispositions similaires ont déjà été adoptées ou sont en voie d'adoption dans plusieurs autres cantons, comme Vaud (art. 33e et 33f de la loi sur l'exécution des condamnations pénales, du 4 juillet 2006, RS/VD 340.01), Valais (art. 28b de la loi d'application du code pénal suisse, du 14 septembre 2006, RS/VS 311.1), Jura (art. 20a de la loi sur l'exécution des peines et mesures, du 2 octobre 2013, RS/JU 341.1) et Fribourg (art. 69 à 71 de la nouvelle loi sur l'exécution des peines et des mesures, adoptée le 7 octobre 2016, LEPM – ROF 2016-127). Enfin, il est à noter qu'en Suisse alémanique le secret médical ne susciterait en pratique pas le même débat s'agissant des personnes sous exécution de mesures et ne semble pas entrer en compte dans le cadre des thérapies ordonnées par la justice (Benjamin F. Brägger, Massnahmenvollzug an psychisch kranken Straftätern in der

Schweiz: Eine kritische Auslegeordnung, in : Revue suisse de criminologie, SZK 2/2014, pp. 36 ss, p. 41).

c) Solution conciliant les approches médicales et pénitentiaires

L'article 5A LaCP sur le devoir d'information concerne en premier lieu les professionnels de la santé et du domaine pénitentiaire travaillant sur le terrain difficile de l'exécution des peines et des mesures. Il est dans leur intérêt, mais aussi dans celui des personnes condamnées et de la collectivité, que ces professionnels disposent du cadre législatif et procédural nécessaire à leur bonne collaboration avec les autorités pénales. C'est pourquoi l'article 5A LaCP est le fruit d'une rédaction ayant réussi à concilier les deux approches métiers.

Les nouvelles dispositions résultent aussi d'un long travail d'élaboration et de compromis entre l'exécutif et le Grand Conseil. Après que le premier projet déposé par le Conseil d'Etat a récolté des avis négatifs, notamment de la part de la commission de la santé et de la commission des visiteurs officiels du Grand Conseil, plusieurs amendements ont été introduits et largement débattus auprès de la commission judiciaire et de la police, permettant aux dispositions aujourd'hui entrées en vigueur de rallier la majorité du Grand Conseil.

En conclusion, l'actuel article 5A LaCP reflète autant la volonté des professionnels concernés sur le terrain que la volonté de l'exécutif et du législatif. On ne peut guère arguer que la situation ou les avis ont évolué dans l'intervalle puisque l'adoption des nouvelles dispositions ne remonte qu'au 4 février 2016. La modification légale est entrée en vigueur le 9 avril 2016 et la directive d'application commune du DSE et du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (DEAS) est en cours de mise en œuvre, raison pour laquelle les institutions concernées ne disposent que de peu de recul sur ses effets.

2. Devoir d'information selon l'article 5A LaCP et impact de l'IN 159

Les dispositions du nouvel article 5A LaCP concernant le devoir d'information visent à mieux protéger la société par une prise en compte de tous les renseignements pertinents dans l'évaluation de la dangerosité des personnes condamnées et une meilleure collaboration entre professionnels. Contrairement aux arguments avancés par les initiants, l'article 5A LaCP ne porte pas atteinte au secret médical. Il oblige, par contre, les professionnels de la santé à intervenir en présence d'un état de nécessité et à demander la levée du secret professionnel lorsqu'ils sont sollicités par les autorités pénitentiaires. En posant clairement le cadre pour la transmission d'informations, ces

dispositions consacrent dans la loi ce qui est déjà la règle dans la pratique, introduisent une égalité de traitement entre personnes condamnées et rendent la relation avec leur thérapeute plus transparente. Il faut aussi noter que l'article 5A LaCP ne concerne pas que les professionnels de la santé mais aussi ceux du domaine pénitentiaire, les uns comme les autres devant se tenir « réciproquement et spontanément informés de tout élément nécessaire à l'accomplissement de leurs missions respectives » (al. 1).

Les auteurs de l'IN 159 visent à remplacer l'article 5A LaCP par un texte, en apparence très proche, mais reformulé de telle sorte qu'il exclut toute portée obligatoire aux nouvelles dispositions sur le devoir d'information. Ainsi, le texte de l'IN 159 laisse inchangée la disposition sur la *Coopération* (al. 1) pour mieux retrancher le caractère obligatoire des dispositions inscrites aux trois alinéas suivants : *Etat de nécessité* (al. 2), *Evaluation de la dangerosité* (al. 3) et *Levée du secret professionnel* (al. 4).

Les reformulations apportées consistent essentiellement à supprimer ou à remplacer par une simple **possibilité** (« sont habilités à ») ce qui constitue aujourd'hui un **devoir** ou une **obligation** pour les professionnels de la santé confrontés aux circonstances bien circonscrites, énoncées à l'article 5A LaCP.

Ainsi, avec l'IN 159 :

- l'obligation d'informer dans le cas d'un *état de nécessité*, soit face à un danger imminent, deviendrait une simple possibilité;
- le devoir de communiquer sur requête spécifique et motivée des autorités dans le cadre de l'*évaluation de la dangerosité* disparaîtrait;
- l'obligation de saisir la commission du secret professionnel si la personne condamnée refuse la *levée du secret professionnel* deviendrait une simple possibilité.

Ces trois reformulations introduites par l'IN 159 n'ont rien d'anodin, car elles suffisent à vider l'article 5A LaCP de sa portée. Si elle devait être adoptée, l'IN 159 restaurerait purement et simplement la situation antérieure. Ce faisant, non seulement elle réduirait à néant des mois de travail législatif, mais elle réintroduirait le flou et l'arbitraire dans la transmission d'informations entre professionnels travaillant auprès de personnes condamnées et de détenus dangereux.

a) Etat de nécessité (al. 2)

L'état de nécessité auquel se réfère cet alinéa est une situation prévue par l'article 17 du code pénal et qui rend licite un acte punissable, comme la violation du secret professionnel, si cette violation permet de sauvegarder des intérêts prépondérants d'un danger « imminent et impossible à détourner autrement ». Dans le cas de l'alinéa 2, les intérêts prépondérants qui l'emportent sur le maintien du secret professionnel sont « la sécurité de la personne détenue, celle de l'établissement, du personnel, des intervenants et des codétenus ou celle de la collectivité ». L'alinéa 2 prévoit, par conséquent, que les « médecins, psychologues et tout autre intervenant thérapeutique » ayant connaissance d'un fait qui pourrait faire craindre pour la sécurité d'autrui ou de la collectivité en « informent sans délai » le département ou l'établissement pénitentiaire concerné.

En plus de rappeler que face à l'état de nécessité la protection du secret médical n'est pas absolue et qu'en cas d'urgence le thérapeute n'a pas à demander la levée du secret professionnel, ce qui est déjà admis par le droit fédéral, cet alinéa instaure une obligation d'informer de manière à :

- ce que le danger imminent et les intérêts sécuritaires prépondérants soient toujours pris en compte et adressés de la même manière par l'ensemble des thérapeutes qui traitent les personnes condamnées;
- libérer le thérapeute qui traite les personnes condamnées de la délicate pesée d'intérêts qu'il devrait, sans cela, mener seul en son for intérieur (sans pouvoir recourir au jugement d'une instance supérieure) et le protéger des conséquences qu'il pourrait encourir en cas d'évaluation erronée.

En prenant l'exemple des médecins, on comprend, en effet, que la relation des thérapeutes avec les personnes condamnées diffère sensiblement de celle des praticiens de ville ou d'hôpitaux avec leur clientèle ordinaire, ces derniers n'étant pas soumis à l'article 5A LaCP. Le médecin soumis à la LaCP ne dispense pas un traitement librement choisi par son patient ou sans lien avec sa condamnation, mais une thérapie ordonnée par la justice ou suivie sur une base volontaire par des personnes dont la dangerosité est admise. Il s'agit par conséquent d'un spécialiste prenant en charge des personnes condamnées, très souvent en détention, dans l'objectif de les soigner en vue de leur remise en liberté et de leur réinsertion, avec l'espoir qu'elles ne soient plus un danger pour autrui.

Au vu de cet objectif, l'on comprend que la relation de confiance entre le thérapeute et la personne en traitement ne s'exprime pas de la même manière que dans une relation médecin-patient classique, bien qu'elle soit tout aussi importante.

L'aumônier de prison ou l'avocat commis d'office sont eux aussi soumis au secret professionnel. Confrontés à un état de nécessité, ils pourraient également être amenés à révéler un élément couvert par le secret. Dans leur cas, pourtant, la pesée des intérêts ne présente pas la même difficulté que pour le médecin-thérapeute, car ils ne jouent pas le même rôle dans l'exécution de la peine. Ils ne sont en effet pas acteurs de l'exécution de la sanction, ne participent pas à la vie quotidienne des établissements pénitentiaires ou n'ont pas pour mission de préserver les intérêts d'autrui ou de la collectivité.

Malgré l'état de nécessité et donc l'urgence à détourner un danger imminent pour la protection d'autrui ou de la collectivité, l'IN 159 remplace l'obligation d'informer (« informent sans délai ») par la seule faculté d'informer (« sont habilités à informer sans délai »). Ce faisant, l'IN 159 restaure en réalité la situation qui prévalait avant l'article 5A LaCP et rend le professionnel de la santé à nouveau seul arbitre de la pesée d'intérêts contradictoires et seul responsable de la décision finale. Or, dans l'urgence, le thérapeute n'a pas le temps de saisir la commission du secret professionnel et peut être amené à faire un choix lourd de conséquences en privilégiant le secret au détriment de la sécurité.

b) Evaluation de la dangerosité (alinéa 3)

L'exécution d'une peine ou d'une mesure, la décision d'allègement et l'évaluation de la dangerosité d'une personne condamnée nécessitent que les autorités compétentes, ainsi que les experts qu'elles auraient mandatés, puissent tenir compte de tout fait pertinent que peuvent ou que doivent leur communiquer les médecins, psychologues et autres thérapeutes qui traitent les personnes condamnées. Les autorités concernées sont le Tribunal d'application des peines et des mesures (TAPEM), la CED et le DSE.

L'alinéa 3 établit deux modalités de communication, l'une optionnelle, l'autre obligatoire :

- lorsque la décision de communiquer est le fait du thérapeute qui décide quels éléments transmettre, à quelle autorité et à quel moment, elle est optionnelle (« peuvent communiquer ») et doit respecter le secret médical selon le mécanisme prévu à l'alinéa 4;
- lorsque la communication est sollicitée par une autorité sur la base d'une « requête spécifique et motivée », elle devient obligatoire (« doivent le faire ») et le secret médical doit être levé selon le mécanisme prévu à l'alinéa 4.

Comme on le voit, le contexte étant différent de l'état de nécessité, la communication et la levée du secret ne sont pas automatiques. Les cas

obligatoires de communication sont limités par deux conditions. Premièrement, les termes « sur requête spécifique et motivée » visent à éviter les sollicitations constantes de la part des autorités mais aussi à renseigner les thérapeutes sur l'autorité ou l'expert qu'ils doivent informer et à quelle fin. Il est, en effet, important qu'ils sachent s'ils sont consultés du fait que leur patient a formulé une demande de sortie, par exemple. En outre, cela permet de circonscrire les situations dans lesquelles ils devront demander la levée du secret médical. Deuxièmement, les informations couvertes par le secret médical sont protégées selon le mécanisme prévu à l'alinéa 4, qui implique la consultation de la personne condamnée, laquelle doit préalablement être consultée et donner son accord à la transmission d'information. En cas de refus, la commission du secret professionnel doit être saisie.

L'actuel alinéa 3 relatif à l'évaluation de dangerosité opère par conséquent une distinction claire entre, d'une part, les professionnels de la santé chargés de la thérapie des personnes condamnées et soumis au secret médical et, d'autre part, les autorités ou experts chargés de l'exécution des peines et des mesures, ainsi que de l'évaluation de la dangerosité. Ces derniers sont soumis à l'obligation de motiver et de spécifier leur requête.

Enfin, l'actuel alinéa 3 prévoit également un échange spontané d'informations pertinentes (toujours sous réserve de la levée du secret professionnel selon l'alinéa 4), ce qui peut être crucial pour une évaluation adéquate de la dangerosité.

Contrairement à ce que prétendent les initiants, l'article 5A LaCP ne stipule en aucun cas que les médecins, psychologues et autres intervenants thérapeutiques doivent agir comme experts auprès des autorités. Relevons déjà à ce stade que les experts mandatés dans le cadre d'une procédure pénale ne sont pas du tout visés par cet article. Il est question en revanche de professionnels de la santé prenant en charge des personnes condamnées ayant l'obligation de suivre une thérapie qu'elles n'ont pas choisie ou prenant en charge des personnes condamnées dont la dangerosité est admise et qui suivent une thérapie volontaire. Dans ce cadre, la transmission d'informations vise autant l'intérêt de la collectivité que celui de la personne condamnée. En effet, pour les professionnels de la santé administrant des thérapies à des condamnés dangereux, il est clair que l'intérêt thérapeutique de leurs patients rejoint l'intérêt de la collectivité à être protégée. Il est clair pour eux également que si les autorités chargées des peines et des mesures ne reçoivent pas toutes les informations utiles à l'évaluation de la dangerosité de la personne condamnée, cette dernière a peu de chances de se voir octroyer un allègement de peine, un aménagement de mesure, une possibilité de sortie ou encore une libération conditionnelle.

En ce qui concerne pourtant des problématiques aussi sensibles que l'évaluation de la dangerosité ou les possibilités d'allègement dans l'exécution d'une peine ou d'une mesure, l'IN 159 supprime purement et simplement l'obligation d'informer qui incombe aux professionnels chargés de la thérapie. En effet, la dernière phrase de l'alinéa – « Ils doivent le faire sur requête spécifique et motivée desdites autorités » – serait supprimée. Dès lors ne subsisterait que la possibilité de communiquer telle que mentionnée dans la première phrase – « peuvent communiquer » – et qui serait laissée au bon vouloir des thérapeutes.

Par contre, l'IN 159 vient adjoindre à l'alinéa concerné une phrase relative aux professionnels de la santé « intervenant en qualité d'experts auprès de personnes détenues » et qui seraient « tenus par les obligations d'informer découlant de leur mandat d'expertise ». Or, cette obligation faite aux experts n'a aucune portée pratique puisque ceux-ci sont déjà contraints de par le droit fédéral à communiquer avec les autorités qui les mettent en œuvre, comme le montrent les articles 56, 62d, 64b et 64c CP. En effet, l'expertise n'est pas demandée pour le besoin de la personne condamnée, mais pour celui de la justice, qui doit déterminer la suite à donner à l'incarcération, les risques encourus d'une remise en liberté, ou encore la levée d'une thérapie.

En ce qui concerne l'alinéa 3 sur l'évaluation de la dangerosité, l'IN 159 non seulement restaure la situation antérieure, mais manque totalement son objectif, car les experts doivent déjà communiquer sur la base de leur mandat. Si, en revanche, les thérapeutes ne sont plus tenus de répondre aux requêtes des autorités et des experts, il sera beaucoup plus difficile à ces derniers d'effectuer leur travail d'évaluation et de remplir leur mission. L'intérêt des personnes condamnées sera également préterité, puisque, en l'absence d'informations pertinentes, leurs demandes d'allègement de la sanction ou de liberté conditionnelle risqueraient fortement d'être refusées.

c) Levée du secret professionnel (al. 4)

L'alinéa 4 sur la levée du secret professionnel décrit le mécanisme qui permet de protéger le secret médical. Celui-ci s'applique lorsque l'échange d'informations entre professionnels de la santé et autorités prend place dans le cadre des situations décrites aux alinéas 1 (*Coopération*) et 3 (*Évaluation de la dangerosité*). Il ne s'applique en revanche pas aux situations décrites à l'alinéa 2 (*Etat de nécessité*).

Le mécanisme prévoit que la personne condamnée doit être « consultée et doit préalablement donner son accord » à la transmission de l'information qui serait couverte par le secret médical. En cas de refus de la personne condamnée, les professionnels de la santé ont l'obligation de saisir la

commission du secret professionnel. Cette commission, instituée par l'article 12 de la loi sur la santé, du 7 avril 2006 (LS; K 1 03), est « chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel conformément à l'article 321, chiffre 2, du code pénal suisse ». Or, selon l'article 321 CP : « La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit. »

Comme on le voit, l'article 5A LaCP, en son alinéa 4, reprend le mécanisme de levée du secret professionnel tel que prévu par le code pénal suisse tout en le rendant obligatoire pour les professionnels de la santé chargés de la thérapie des personnes condamnées. En cas de refus de la personne condamnée, ils ne peuvent décider de se taire mais doivent saisir la commission chargée de statuer sur la levée du secret professionnel. En effet, il n'est ni souhaitable que l'interdiction de la personne condamnée soit finale, ni que le médecin-thérapeute soit à nouveau l'arbitre entre les différents intérêts en présence. L'autorité chargée de l'exécution des peines et mesures ne pouvant, à teneur du code pénal, elle-même saisir la commission du secret professionnel, il est nécessaire que cette obligation incombe au professionnel de santé.

Ainsi, contrairement à ce que prétendent les auteurs de l'IN 159, l'actuel article 5A LaCP respecte en tous points le secret professionnel. Loin d'être une menace pour le secret médical, cet alinéa en rappelle le principe, tout en rendant incontournable son mécanisme de protection (accord de la personne condamnée / saisine de la commission du secret professionnel laquelle reste entièrement libre de lever ou non ce secret).

L'obligation faite au médecin n'est pas non plus de nature à remettre en question sa relation de confiance avec la personne condamnée, ni la qualité de la thérapie dispensée dans le cadre de l'exécution d'une peine ou d'une mesure. D'une part, cette disposition pose un cadre clair à la levée du secret médical et instaure en faveur des personnes condamnées une meilleure transparence et une égalité de traitement. D'autre part, elle protège les professionnels de la santé en annulant le conflit intérieur que peut faire naître la pesée des intérêts. Car celle-ci ne se pose pas de la même manière dans le traitement des personnes condamnées, puisqu'en plus de l'intérêt de ces dernières doit être pris en compte l'intérêt de la collectivité. Relevons à ce propos que, dans la hiérarchie des valeurs établie par le code pénal suisse, la protection du secret médical vient après la sauvegarde d'intérêts supérieurs comme la protection de la vie, de l'intégrité corporelle ou la sécurité de la population.

En ce qui concerne la protection du secret médical et en cas de refus de la personne condamnée, l'IN 159 supprime l'obligation pour les thérapeutes de saisir la commission du secret professionnel, puisqu'elle remplace le mot

« saisissent » par « sont habilités à saisir la commission ». Ce faisant, l'IN 159 restaure la situation antérieure où un professionnel de la santé, confronté au refus de la personne condamnée, pouvait purement et simplement choisir de se taire et de ne communiquer ni à l'autorité concernée, ni à l'expert, les faits pertinents permettant d'évaluer la dangerosité d'une personne ou les informations essentielles pour l'exécution d'une sanction pénale.

B. CONCLUSION

L'article 5A LaCP, entré en vigueur le 9 avril 2016, instaure de manière clairement circonscrite le devoir d'information entre professionnels de la santé et autorités pénitentiaires, tout en rendant obligatoires et systématiques les règles prévues par le code pénal suisse permettant la levée du secret médical. Ce faisant, l'actuel article 5A LaCP vise de manière pondérée et équilibrée à protéger la collectivité, les professionnels de la santé, mais aussi la qualité des soins ainsi que la personne condamnée de toute carence et de toute dérive en matière de transmission d'information.

En revanche, les reformulations de l'IN 159 visent à restaurer la situation antérieure et vident de leur portée chacune des obligations nouvellement créées, qu'il s'agisse de réagir en cas de menace imminente pour la sécurité, de renseigner dans le cadre de l'évaluation de la dangerosité d'un condamné ou encore de saisir la commission du secret professionnel.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les Députés, à rejeter l'IN 159 sans lui opposer de contreprojet.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :
Anja WYDEN GUELPA

Le président :
François LONGCHAMP

Annexe : *tableau comparatif (article 5 LaCP et IN 159)*

<p>Loi 11404 Loi modifiant la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP; E 4 10) <i>Adoptée le 4 février 2016 et entrée en vigueur le 9 avril 2016</i></p>	<p>IN 159 Initiative législative cantonale « Garantir le secret médical pour tous protège mieux la société » <i>Lancée le 4 mars 2016 et aboutie le 14 septembre 2016</i></p>
<p>Art. 5A Devoir d'information</p> <p>Coopération</p> <p>¹ Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique, d'une part, le département de la sécurité et de l'économie et la direction de l'établissement d'exécution de la peine ou de la mesure, d'autre part, se tiennent réciproquement et spontanément informés de tout élément nécessaire à l'accomplissement de leurs missions respectives.</p> <p>Etat de nécessité</p> <p>² Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique informent sans délai le département de la sécurité et de l'économie ou la direction de rétablissement d'exécution de la peine ou de la mesure de tout fait dont ils ont connaissance et qui serait de nature à faire craindre pour la sécurité de la personne détenue, celle de l'établissement, du personnel, des intervenants et des codétenus ou celle de la collectivité, pour autant que le danger soit imminent et impossible à détourner autrement d'une part, et que les intérêts sauvegardés par une telle information l'emportent sur l'intérêt au maintien du secret professionnel d'autre part (art. 17 CP).</p>	<p>Art. 5A Devoir d'information</p> <p>Coopération</p> <p>¹ (sans changement)</p> <p>Etat de nécessité</p> <p>² Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique informent sont habilités à informer sans délai le Département de la sécurité et de l'économie ou la direction de rétablissement d'exécution de la peine ou de la mesure de tout fait dont ils ont connaissance et qui serait de nature à faire craindre pour la sécurité de la personne détenue, celle de l'établissement, du personnel, des intervenants et des codétenus ou celle de la collectivité, pour autant que le danger soit imminent et impossible à détourner autrement d'une part, et que les intérêts sauvegardés par une telle information l'emportent sur l'intérêt au maintien du secret professionnel d'autre part (art. 17 CP).</p>
<p>Evaluation de la dangerosité</p> <p>³ Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique peuvent communiquer aux autorités compétentes, au sens des articles 3 et 5 de la présente loi ou à tout expert mandaté par elles, tout fait pertinent de nature à influencer la peine ou la mesure en cours, permettant d'évaluer le caractère dangereux d'une personne condamnée à une peine ou à une mesure, ou de se prononcer sur un éventuel allègement dans l'exécution de celle-ci. Ils doivent le faire sur requête spécifique et motivée desdites autorités.</p>	<p>Evaluation de la dangerosité</p> <p>³ Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique peuvent communiquer aux autorités compétentes au sens des articles 3 et 5 de la présente loi ou à tout expert mandaté par elles, tout fait pertinent de nature à influencer la peine ou la mesure en cours, permettant d'évaluer le caractère dangereux d'une personne condamnée à une peine ou à une mesure, ou de se prononcer sur un éventuel allègement dans l'exécution de celle-ci. Ils doivent le faire sur requête spécifique et motivée desdites autorités. Les médecins, les psychologues et tout autre professionnel de la santé intervenant en qualité d'experts auprès de personnes détenues sont tenus par les obligations d'informer l'autorité décollant de leur mandat d'expertise.</p>
<p>Levée du secret professionnel</p> <p>⁴ Lorsqu'une information est couverte par le secret professionnel et sous réserve de l'alinéa 2, la personne condamnée est consultée et doit préalablement donner son accord à sa transmission. En cas de refus, les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique saisissent la commission du secret professionnel instituée par la loi sur la santé, du 7 avril 2006.</p>	<p>Levée du secret professionnel</p> <p>⁴ Lorsqu'une information est couverte par le secret professionnel et sous réserve de l'alinéa 2, la personne condamnée est consultée et doit préalablement donner son accord à sa transmission. En cas de refus, les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique saisissent sont habilités à saisir la commission du secret professionnel instituée par la loi sur la santé, du 7 avril 2006.</p>