



Objet **Projet de loi modifiant la loi d'application du code pénal suisse**

Le Conseil d'Etat du Canton du Valais
au
Grand Conseil

Monsieur le Président du Grand Conseil,
Mesdames et Messieurs les Députés,

Nous avons l'honneur de vous soumettre, avec le présent message, un projet de loi modifiant la loi d'application du code pénal suisse traitant de l'obligation de renseigner et du devoir de signalement à l'égard d'un condamné dangereux.

I. Nécessité législative

1.1 Généralités

Le 31 octobre 2013, la Conférence latine des Chefs des Départements de justice et police (CLDJP) a édicté une recommandation à l'attention des cantons latins, leur proposant de donner aux autorités d'application des sanctions pénales les moyens légaux d'obtenir tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions.

Afin de bien comprendre le fondement et la portée de cette recommandation, il convient de présenter, brièvement, le cadre légal régissant l'activité de l'autorité d'application des sanctions. Un cadre légal qui comporte deux volets, l'un de droit matériel et l'autre de droit formel ou droit de procédure¹.

1.2 Cadre légal

1.2.1 Droit matériel

a/ Selon l'article 123 alinéa 2 de la Constitution fédérale, l'exécution des peines et mesures en matière de droit pénal est du ressort des cantons sauf disposition contraire de la loi. Confédération et cantons disposent ainsi d'une compétence normative en la matière.

¹ Voir Premier rapport dans l'enquête administrative ordonnée par le Conseil d'Etat du canton de Genève à la suite du décès de Madame Adeline M., rapport de Me Bernard Ziegler, du 8 octobre 2013.

Le code pénal suisse (CP) traite des peines et mesures à ses articles 34 et suivants. Plusieurs dispositions portent sur l'exécution des sanctions.

- b/ L'article 75 alinéa 1 CP définit les objectifs de la peine privative de liberté et le contexte général dans lequel elle doit être exécutée:

"1 L'exécution de la peine privative de liberté doit améliorer le comportement social du détenu, en particulier son aptitude à vivre sans commettre d'infractions. Elle doit correspondre autant que possible à des conditions de vie ordinaires, assurer au détenu l'assistance nécessaire, combattre les effets nocifs de la privation de liberté et tenir compte de manière adéquate du besoin de protection de la collectivité, du personnel et des codétenus."

La peine privative de liberté poursuit donc un double but d'intégration sociale et de sécurité publique. Ces deux buts sont d'égale valeur et d'égale portée.

Quatre règles principales définissent les conditions-cadres de la vie carcérale: référence aux conditions de vie ordinaires; assistance sociale aux détenus; prévention des effets nocifs de l'enfermement; prise en compte du besoin de protection de la collectivité et des individus. Dans son message, le Conseil fédéral précise la manière de mettre en œuvre ces règles (FF 1999.1917): "**Lorsque l'application de ces quatre règles fondamentales précitées donnera lieu à des conflits, ce qui pourra notamment arriver lorsque les efforts de protection de la collectivité s'opposeront aux trois autres règles fondamentales, on procèdera à une pesée des intérêts en jeu, compte tenu de la situation concrète**".

On doit inférer de ce principe qu'en présence d'un condamné dangereux, l'objectif de sécurité publique assigné à la peine privative de liberté l'emporte.

- c/ L'autorité d'application des sanctions pénales doit établir un plan d'exécution de la sanction (PES). Selon l'article 75 alinéa 3 CP, "**Le plan porte notamment sur l'assistance offerte, sur la possibilité de travailler et d'acquérir une formation ou un perfectionnement, sur la réparation du dommage, sur les relations avec le monde extérieur et sur la préparation de la libération**".

La CLDJ a édicté une recommandation, du 25 septembre 2008, relative aux conditions et modalités d'application du PES. Il ressort de l'article 1^{er} de cette recommandation que l'exécution de la sanction s'effectue selon un processus de socialisation dans un but de prévention de la récidive et de protection de la collectivité. Ce système - précise encore la recommandation - est dynamique et incitatif dès lors que le détenu doit participer activement aux efforts de resocialisation mis en œuvre et à la préparation de sa libération (CP 75 IV). Il y a lieu de prendre en compte, dans l'établissement et l'adaptation du PES, toutes les données personnelles et pénales du condamné, notamment ses antécédents, son état de santé, son parcours carcéral, son statut en droit des étrangers, ses relations avec ses proches, sa situation financière, l'avis de la commission de dangerosité, celui du service social et celui de l'autorité de probation.

On doit inférer de cette recommandation que les informations les plus étendues et les plus complètes sur la personnalité du condamné sont indispensables à l'exécution des tâches que le CP confie à l'autorité d'application des sanctions.

1.2.2 Droit formel

a/ Le canton du Valais institue deux autorités principales en matière d'exécution des peines et mesures: le juge de l'application des peines et mesures (JAP) et le service de l'application des peines et mesures (SAPEM) (loi d'application du CP [LACP] 5, 18 c, 20s).

b/ La procédure applicable aux décisions prises par le JAP est régie par le code de procédure pénale suisse (CPP) (LACP 16).

Au stade de l'instruction, le JAP est soumis à la maxime inquisitoire (CPP 364, 6): il recherche d'office tous les faits pertinents et instruit avec un soin égal les circonstances à charge et à décharge.

c/ Sous réserve des dispositions du droit fédéral, le SAPEM applique la loi sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA) (LACP 29 I).

Au stade de l'instruction, le SAPEM est aussi soumis à la maxime inquisitoire (LPJA 17 I): il établit d'office les faits sans être limité par les allégations et les offres de preuve du condamné.

d/ Le JAP et le SAPEM doivent donc déterminer de leur propre initiative les questions de fait à établir et recueillir les moyens de preuve nécessaires afin de pouvoir exercer à bon escient le pouvoir d'appréciation que leur reconnaissent le CP, le droit concordataire et le droit cantonal dans la mise en œuvre d'un jugement pénal.

Au stade de l'instruction régie par la maxime inquisitoire, le secret de fonction et le secret professionnel peuvent constituer un obstacle. Ni le secret de fonction ni le secret professionnel n'étant conçus comme des secrets absolus, leur portée peut être aménagée, dans une loi soumise à référendum.

Le présent projet propose de tels aménagements dans le domaine de l'exécution des peines et mesures.

1.3 Procédure de consultation

Dans sa séance du 4 décembre 2013, le Conseil d'Etat a pris connaissance de l'avant-projet de loi et du rapport explicatif l'accompagnant, documents élaborés par le service juridique de la sécurité et de la justice sur la base de la recommandation de la CLDJP du 31 octobre 2013. Il a autorisé l'ouverture d'une procédure de consultation sur cet objet.

La consultation, engagée par courrier du 6 décembre 2013, a pris fin le 15 janvier 2014. Elle a suscité plusieurs déterminations qu'il faut présenter et dont il faut tirer les enseignements.

1.3.1 Déterminations des milieux politiques

- a/ Le parti socialiste du Haut-Valais dénonce le court délai accordé aux destinataires de la consultation. Il considère que le projet constitue une réponse précipitée à deux événements tragiques et largement médiatisés.

A son avis, le devoir de signalement est suffisamment réglementé et ne doit pas être développé; la législation en vigueur permet d'apprécier la situation des auteurs d'infractions et le risque de récidive. Il ajoute que la subordination des intéressés à un appareil policier n'est pas nécessaire.

Il combat le principe même du devoir de signalement qui porte atteinte à l'alliance thérapeutique entre le médecin et le patient/condamné et nuit, par conséquent, à la réintégration du condamné. La levée du secret professionnel favoriserait les préjugés et pourrait conduire à l'arbitraire. Un préjugé dont il perçoit un indice dans le fait que le projet prévoit explicitement un devoir d'information à la charge du service compétent en matière d'asile.

Il conclut en rappelant que le meurtre sur deux femmes, commis par des condamnés en exécution de peine, a pour origine un manquement des autorités pénales, un manquement pour lequel un Gouvernement cantonal a présenté ses excuses à la famille de la victime.

- b/ Le parti socialiste du Valais romand rappelle trois principes à considérer dans la mise en œuvre d'un jugement pénal: la resocialisation du condamné; la marge d'appréciation à reconnaître au thérapeute dans le suivi du condamné; et la responsabilité finale incombant aux autorités pénales et non au thérapeute dans l'exécution du jugement.

Il accepte d'entrer en matière sur le projet, à condition que ces principes soient pris en compte, que la protection des données soit respectée et que la responsabilité des professionnels de la santé qui manqueraient au devoir de signalement soit précisée.

- c/ Selon le PDC du Valais romand, le projet de modification de la LACP semble répondre convenablement aux problèmes que peut créer le secret médical à propos d'un condamné pour lequel une mesure thérapeutique a été prononcée. La levée du secret professionnel dans des situations particulières seulement répond "*parfaitement*" (sic) au principe de la proportionnalité. Les deux articles proposés vont fondamentalement dans la bonne direction, soit celle visant à mieux prendre en compte la sécurité publique et la protection des citoyens en présence de criminels dangereux.

Dans l'examen de détail, le PDC du Valais romand:

- critique l'obligation faite à l'autorité judiciaire de fournir les renseignements nécessaires (P.art. 28a II), obligation qui traduirait un manque de confiance envers le juge;
- insiste sur les limites au devoir de signalement (P.art. 28b) qui ne peut concerner qu'un condamné dangereux et soulève la question de savoir si un droit d'aviser ne serait pas plus opportun qu'un devoir de signalement.

- d/ L'UDC du Valais romand, la Fédération des communes valaisannes et la Fédération valaisanne des retraités soutiennent sans réserve le projet qui tend à protéger la société contre les criminels dangereux récidivistes.

1.3.2 Déterminations des milieux de la justice

a/ Le Tribunal cantonal a pris connaissance du projet mis en consultation et a renoncé à prendre position.

On notera qu'il ne s'y oppose pas, en particulier qu'il ne combat pas l'obligation faite aux autorités judiciaires de fournir les renseignements nécessaires aux autorités en charge de l'exécution des peines.

b/ Le tribunal de l'application des peines et des mesures soutient le projet qui lui permettra d'obtenir plus facilement les informations dont il a besoin pour pouvoir traiter avec tout le sérieux et la célérité requis les procédures concernant les délinquants qualifiés de dangereux, qu'il définit comme "*ceux qui présentent un danger certain pour la société*".

Dans l'examen de détail:

- il demande que les renseignements utiles soient communiqués, non seulement aux autorités administratives, mais encore aux autorités judiciaires compétentes en matière d'exécution des peines et mesures (P.art. 28a II);
- il suggère que l'administration, dans toutes ses composantes, soit soumise à l'obligation de renseigner (P.art. 28a II);
- il propose de définir la notion de condamné dangereux par référence à l'article 64 alinéa 1 CP (définition en fonction du critère objectif de l'infraction commise) plutôt que par référence à l'article 75a CP (complétant le critère objectif par un critère subjectif du risque de récidive mesuré en fonction du caractère du condamné) (P.art. 28b I);
- il recommande de définir les professionnels de la santé par référence à la loi cantonale sur la santé (P.art. 28b I);
- il propose une nouvelle formulation des faits "*importants*" à signaler (P.art. 28b I).

c/ Le ministère public propose deux amendements au projet d'article 28a traitant de l'obligation de renseigner:

- ajouter, à l'alinéa 2, le ministère public à la liste des autorités tenues de fournir les renseignements nécessaires;
- réserver les dispositions du CPP sur les modalités applicables en cas de demande de consultation des dossiers (CPP 102) par les autorités qui y sont autorisées (CPP 101 II).

d/ L'Office fédéral de la justice s'est livré à un examen de détail du projet d'articles 28a et 28b nouveaux LACP.

A propos de l'article 28a:

- il recommande que l'obligation de renseigner serve, non seulement aux besoins de l'autorité administrative, mais encore à ceux du tribunal de l'application des peines et des mesures dans la mise en œuvre d'un jugement pénal (al. 2);
- il propose de biffer l'alinéa 3, le renvoi à l'article 28b n'étant pas nécessaire.

A propos de l'article 28b:

- il suggère de modifier le titre (devoir de signalement plutôt qu'exception au secret professionnel);
- il propose de compléter la liste des mesures auxquelles peut être soumis un condamné dangereux en mentionnant celles applicables aux jeunes adultes (CP 61) et la règle de conduite prescrivant un suivi psychothérapeutique (CP 64);
- il propose une formulation plus générale des faits sur lesquels porte le devoir de signalement (tous les faits qui ont une portée pour l'appréciation de la dangerosité de la personne concernée);
- il recommande de biffer l'alinéa 2 qui n'a pas de portée propre.

e/ L'Ordre des avocats recommande d'élargir l'obligation de renseigner en faveur du tribunal de l'application des peines et des mesures; souhaite connaître les autorités administratives astreintes à l'obligation de renseigner, en observant que la mention expresse de l'autorité en charge de l'asile comporte un risque de stigmatisation; semble douter que le devoir de signalement puisse être imposé à un médecin installé en pratique privée.

f/ Le SAPEM propose d'étendre le devoir de signalement d'un professionnel de la santé à celui qui suit un condamné dangereux s'étant soumis volontairement à un traitement ou consécutivement à une décision rendue par l'autorité administrative, deux hypothèses non prévues par le CP.

1.3.3 Déterminations des milieux de la santé

a/ La Société Médicale du Valais (SMV) exprime sa ferme opposition au projet, tout en comprenant que les récents événements tragiques doivent entraîner un réexamen des procédures existantes.

La base et la condition sine qua non de tout travail thérapeutique est le secret médical, notamment imposé par l'article 321 CP. Le devoir de renseignement rend impossible l'établissement d'un rapport de confiance entre le médecin et le patient/condamné, le médecin étant assimilé "*à un délateur au service de la justice et de l'Etat*". A défaut de rapport de confiance, il n'y a pas de traitement médical possible, de sorte que le condamné se voit priver de son droit fondamental d'accès aux soins dignes de ce nom, droit garanti par le droit international en particulier.

Privé de la protection du secret médical, le condamné/patient pourrait taire volontairement des éléments qui pourraient compromettre sa réintégration.

Pour ces raisons, le projet manque l'objectif qu'il se propose d'atteindre, risque "*d'avoir un effet contre-productif*". En conséquence, il faut y renoncer et se référer à l'article 34 de la loi cantonale sur la santé qui prévoit une obligation de renseigner seulement en cas de mort suspecte et qui instaure un droit d'aviser les autorités pénales, sans le consentement du patient, en cas de commission de quelques infractions graves contre la vie, l'intégrité de la personne et la santé publique, pour autant que l'autorité compétente l'ait levé du secret professionnel.

A noter que la SMV ne fait pas une distinction de principe entre un condamné et un condamné dangereux.

- b/ L'Hôpital du Valais (HVS) déclare souhaiter collaborer activement à la mise en place de mécanismes dans le champ de la médecine pénitentiaire garantissant la sécurité de la population. Il fixe le cadre de cette collaboration:
- aa/ La législation actuelle sur le secret médical offre tous les instruments nécessaires;
 - bb/ La psychiatrie joue un rôle modeste dans l'évaluation de la dangerosité et peut se prononcer sur un risque de rechute d'un trouble psychique, mais en aucun cas sur la probabilité de commettre ou non un acte délictueux;
 - cc/ Le cadre d'un traitement doit être défini dès le départ, de sorte que le thérapeute, l'autorité d'exécution et le condamné sachent précisément la nature des informations qui peuvent être échangées à propos du suivi thérapeutique;
 - dd/ Une fois le cadre arrêté, il faut tout mettre en œuvre afin d'obtenir du condamné/patient sa collaboration pour une transparence des informations nécessaires aux autorités pénales. En cas de refus, une instance tierce (le médecin cantonal par exemple) doit être sollicitée de manière formelle et simplifiée pour lever le secret médical.

Sans le dire expressément, l'HVS s'oppose au devoir de signalement tel qu'envisagé dans la procédure de consultation. L'HVS ne fait pas une distinction de principe entre un condamné et un condamné dangereux.

- c/ Le service de la santé publique (SSP), sous la signature du chef de service et du médecin cantonal, approuve le principe de la modification législative proposée.

Il présente, de manière concise et complète, les systèmes en vigueur en matière d'exception au secret professionnel, à savoir les dispositions prescrivant un signalement obligatoire (l'exception) et celles prévoyant un signalement "*potestatif*" ou laissé à l'appréciation du thérapeute (la règle), tout en soulignant que l'article 17, traitant de l'état de nécessité, permet à un professionnel de la santé de signaler une situation lorsque des biens importants sont en danger.

Dans l'examen de détail du projet d'article 28b, il fait trois propositions précises qui méritent une attention toute particulière:

- L'autorité administrative ou judiciaire doit informer le professionnel de la santé sur le statut du condamné à l'égard duquel il a un devoir de signalement;
- Le professionnel de la santé doit apprécier de cas en cas si l'état de fait dont il a connaissance lui impose un devoir de signalement;
- Le professionnel de la santé ne doit en aucun cas transmettre un diagnostic.

Enfin, le SSP suggère de biffer l'alinéa 2 de l'article 28b.

1.3.4 Autres déterminations

- a/ Le Département des finances et des institutions considère que le projet de modification de la LACP constitue une démarche adéquate afin de prévenir au mieux la survenance d'événements graves et que la communication de faits pertinents portés à la connaissance des professionnels de la santé dans le cadre d'un travail thérapeutique doit être annoncée sans lourdeur administrative aux autorités pénales compétentes pour prévenir les éventuelles récidives (secrétariat à l'égalité et à la famille).

Il attire l'attention du législateur sur le concept très général de "*renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions*" (P.art. 28a II) qui s'étend aux données sensibles voire intimes, concept qu'il convient d'analyser au regard de la protection des données et de la sphère privée (service des affaires intérieures et communales).

b/ Le Département des transports, de l'équipement et de l'environnement, ainsi que la chancellerie d'Etat n'ont pas d'observation particulière à formuler.

1.4 **Condamné dangereux et secret professionnel**

Les déterminations très contrastées enregistrées lors de la procédure de consultation commandent de définir la notion de "*condamné dangereux*" au sens des articles 28a et 28b du projet (définition fondée sur le CP), et de présenter quelques considérations générales sur le secret professionnel.

1.4.1 Condamné dangereux

a/ Selon l'article 75a CP, deux conditions doivent être réunies pour qualifier un délinquant de "*condamné dangereux*":

1° La première condition concerne **les faits commis** (CP 75a I a): il doit y avoir une atteinte grave à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui.

L'article 75a alinéa 1 lettre a CP renvoie sur ce point à l'article 64 alinéa 1 CP qui énumère une liste exhaustive d'infractions dénotant un degré de dangerosité élevé sans que la dangerosité présumée ne soit nécessairement liée à un trouble psychique. L'article 64 alinéa 1 CP procède en trois temps:

- il dresse toute d'abord un catalogue d'infractions dont l'auteur est présumé dangereux: assassinat, lésion corporelle grave, viol, brigandage, prise d'otage, incendie, mise en danger de la vie d'autrui;
- il énonce ensuite une clause générale présumant dangereux l'auteur d'un crime passible d'une peine privative de liberté maximale de 5 ans au moins;
- il exclut enfin la présomption de dangerosité si l'auteur de l'infraction a agi par négligence (lésion corporelle grave ou incendie par négligence par exemple).

2° La deuxième condition se rapporte à **la personnalité de l'agresseur** (CP 75a III): il doit présenter le risque de commettre une nouvelle infraction portant gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle (risque de récidive qualifiée).

Ce risque s'apprécie, notamment, en fonction du mode opératoire, des antécédents, des circonstances dans lesquelles l'agresseur a commis l'infraction ou du trouble psychique dont il souffre. Il est évalué par la commission de dangerosité, sauf si l'autorité d'exécution n'a aucun doute sur la dangerosité (p.ex. elle dispose d'une expertise récente).

Cette deuxième condition confère une portée plus restrictive à la notion de condamné dangereux que la seule référence aux infractions commises.

b/ En raison des deux conditions posées par l'article 75a CP, deux catégories de condamnés pour infraction grave doivent être retenues:

1° Le condamné pour infraction grave "*non dangereux*" au sens du CP: auteur d'une atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle **ne présentant pas** un risque sérieux de récidive qualifiée;

2° Le condamné pour infraction grave "*dangereux*" au sens du CP: auteur d'une atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle **présentant** un risque sérieux de récidive qualifiée.

c/ L'accompagnement d'un condamné dangereux, défini restrictivement au sens de l'article 75a CP, constitue une exception pour l'autorité d'exécution et non la règle, partant le devoir de signalement constitue aussi l'exception et non la règle. Dans la mesure où les opposants au projet tendent à généraliser l'exception au secret professionnel pour l'accompagnement de tous les condamnés, ils ne peuvent pas être suivis. A noter que ceux-ci se réfèrent à la protection du secret professionnel conférée par l'article 321 CP sans jamais citer le chiffre 3 de cette disposition dont il convient de rappeler la teneur: "*Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice*".

d/ Les quelques données statistiques, se rapportant à l'exercice 2013, confirment le principe que l'accompagnement de condamnés dangereux au sens de CP 75a constitue l'exception:

- Condamnés dangereux en exécution de sanction : 28,
dont 21 en milieu fermé et 7 en milieu ouvert;
- Condamnés exécutant leur sanction en milieu fermé : 382.

Ainsi, le nombre de condamnés dangereux suivis en milieu fermé ou en milieu ouvert est inférieur à 10 % des condamnés exécutant leur sanction en milieu fermé.

1.4.2 Secret professionnel

a/ L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) garantit le droit au respect de la vie privée. L'article 10 alinéa 2 Constitution fédérale (Cst.) consacre le droit à la liberté personnelle et l'article 13 alinéa 2 Cst. celui à la protection de la sphère privée, en disposant notamment que toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent. Ces dispositions trouvent leurs traductions notamment dans le code civil (CC 28ss), applicables aux relations de droit privé et dans les lois fédérale et cantonales sur la protection des données, de même que dans le CP, plus particulièrement aux articles 320 CP (secret de fonction) et 321 CP (secret professionnel).

L'alinéa 3 réserve les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice. Il est généralement admis que l'article 321 CP protège d'une part l'intérêt public (la collectivité a intérêt à ce que l'exercice de la médecine se déroule dans de bonnes conditions), la sphère privée du maître du secret (le patient, qui a droit au respect de sa sphère privée), ainsi que celle du détenteur du secret (le médecin, qui ne peut exercer correctement son métier que si ses patients peuvent lui faire confiance).

La liste des professionnels visés à l'article 321 CP est exhaustive, et donc – dans le domaine médical – seuls les médecins titulaires d'un diplôme et de l'autorisation de pratiquer requise sont concernés, même s'ils officient dans un hôpital public (auquel cas ils sont également soumis au secret de fonction de CP 320), puisqu'ils s'y trouvent dans une relation médecin-patient et y apprennent des informations sur la santé du patient.

Par contre le psychologue "*indépendant*" et l'assistant social ne sont pas concernés par l'article 321 CP; ils devront néanmoins garder les secrets de leurs patients en vertu de la loi fédérale sur la protection des données, dont l'article 35, intitulé "*Violation du devoir de discrétion*", institue une contravention (mais non pas un délit comme CP 321), ou alors en vertu du secret de fonction de l'article 320 CP s'ils officient en tant de fonctionnaires, ou plus généralement encore par le devoir de discrétion institué par les lois cantonales de santé envers tous les acteurs médicaux dont la profession est réglementée.²

- b/ Le secret professionnel étant fondé sur les garanties constitutionnelles de la liberté personnelle et de la protection de la sphère privée, toute atteinte au secret professionnel doit satisfaire aux exigences de l'article 36 Cst.: restriction fondée sur une base légale formelle en cas d'atteinte grave; restriction justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui; restriction proportionnée au but visé; restriction ne portant pas atteinte au noyau même de la liberté personnelle ou de la sphère privée.
- c/ Dans le respect de ces principes, le législateur a réglementé l'exception au secret professionnel de deux manières distinctes:
 - aa/ Parfois, le législateur prescrit un devoir de signalement, notamment dans le cadre de la lutte contre la propagation des maladies transmissibles (loi fédérale sur les épidémies, 27 - RS 818.101) ou en cas de mort suspecte (loi cantonale sur la santé, 34 I - RS/VS 800.1).
 - bb/ Plus généralement, le législateur prévoit un droit d'aviser, notamment en cas de doute sur l'aptitude médicale à conduire un véhicule automobile (loi fédérale sur la circulation routière, 15d III - RS 741.01), d'infractions commises sur des enfants (CP 364), de danger réel qu'une personne ayant besoin d'une mesure de protection du droit civil commette un crime ou un délit causant un grave préjudice corporel, moral ou matériel (CCS 453), de commission d'une infraction contre la vie, l'intégrité corporelle, l'intégrité sexuelle ou la santé publique (loi cantonale sur la santé, 34 II).

Dans le domaine de l'exception au secret de fonction, le législateur prescrit aussi parfois un devoir de signalement (CPP 75 II et III; loi cantonale sur le personnel, 21 V - RS/VS 172.2; loi cantonale en faveur de la jeunesse, 54 I - RS/VS 850.4).

- d/ Le professionnel de la santé auquel la loi confère un droit d'aviser au lieu d'imposer un devoir de signalement demeure parfaitement libre de divulguer ou non des faits qui lui sont confiés et qui sont pertinents pour apprécier la dangerosité d'un condamné.

Le professionnel de la santé au bénéfice du droit d'aviser n'encourt pas de sanction pénale dans l'hypothèse où il s'abstient de communiquer un fait déterminant qui aurait permis de prévenir la commission d'une infraction par le condamné dont le plan d'exécution de la sanction aurait été modifié si ce fait avait été connu de l'autorité compétente. Au bénéfice d'un droit d'aviser, il n'est pas tenu d'agir en vertu de la loi au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre a CP; il n'a pas une position de garant et ne peut être recherché pour une infraction commise par le fait d'un comportement passif (voir arrêt du Tribunal fédéral, du 18 mars 2010 /6B_921/2009).

² Cédric Mizel, Aptitude à la conduite automobile, exigences médicales, procédure d'examen et secret médical, in AJP/PJA 5/2008, p. 593s.

En résumé, le professionnel de la santé auquel la loi confère un droit d'aviser reste maître du secret. Il n'encourt aucune responsabilité pénale dans le cas où il privilégie l'alliance thérapeutique avec son patient par rapport à la sécurité publique.

On ne conçoit pas qu'il puisse encourir une responsabilité civile fondée sur l'article 41 CO faute de pouvoir retenir un acte illicite.

En conclusion, le droit d'aviser n'est pas contraignant pour le professionnel de la santé. Ainsi, ce moyen ne permet pas d'atteindre le but recherché, à savoir collecter toutes les informations nécessaires avant de décider d'un allègement de la sanction frappant un condamné dangereux.

e/ Le devoir de signalement constitue le seul instrument juridique approprié pour atteindre l'objectif visé, à savoir la protection de la population contre le risque d'infractions graves contre l'intégrité physique, psychique ou sexuelle que pourraient commettre un nombre restreint de condamnés dont la dangerosité est qualifiée et dont la situation personnelle pourrait les prédisposer à la récidive.

Ce devoir de signalement n'est ni général, ni absolu. Il concerne un condamné dangereux astreint à une mesure spéciale et ne porte que sur des faits qui sont pertinents pour évaluer la dangerosité (cf. infra ch. 2.2).

II. Commentaire des articles

2.1 Article 28a - Obligation de renseigner

a/ L'article 28a se rapporte au **secret de fonction**.

La révélation d'un secret de fonction est punissable (CP 320 I), sauf si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure (CP 320 II).

En droit cantonal, l'autorisation de révéler un secret de fonction est traitée à l'article 21 de la loi sur le personnel de l'Etat du Valais (RS/VS 172.2):

Art. 21 Secret de fonction

¹ *L'employé est soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions, dans la mesure où la loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage du 9 octobre 2008 ne lui permet pas de les communiquer à autrui.*

² *Le secret de fonction s'applique également, dans les mêmes limites, à la communication à des tiers, en original ou en copie, des documents de service.*

³ *L'obligation de garder le secret de fonction subsiste après la cessation des rapports de service.*

⁴ *L'employé ne peut déposer en justice sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions qu'avec l'autorisation du Conseil d'Etat. Cette autorisation demeure nécessaire après la fin de l'engagement.*

⁵ *Lorsque l'employé constate une éventuelle infraction qui se poursuit d'office, il en informe immédiatement l'autorité de poursuite pénale compétente et le Conseil d'Etat.*

b/ Lorsque la levée du secret est sollicitée, la doctrine estime qu'il faut entendre les particuliers dont les droits de la personnalité sont en jeu. L'autorité supérieure compétente pour autoriser la communication doit procéder à une pesée des intérêts en présence, puis statuer en la forme écrite³.

La procédure entraîne diverses contraintes et peut se prolonger dans le temps.

³ Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, Stämpfli Berne 2010, vol. II, art. 320 CP N 29s.

- c/ Il est possible de faire l'économie de la procédure de l'autorisation écrite en prescrivant dans la loi une obligation de renseigner.

Les articles 14 et suivants CP traitent des actes licites. Au nombre de ceux-ci, il y a les actes autorisés par la loi, régis par l'article 14 CP, dont la teneur est la suivante:

Art. 14 Actes autorisés par la loi
Quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi.

La doctrine majoritaire soutient que la loi au sens de l'article 14 CP est une loi au sens formel, sujette à référendum. A tout le moins, la loi doit respecter les principes fondamentaux de l'ordre juridique. Dans la mesure où la révélation d'un secret de fonction porte atteinte à la sphère privée (Cst. 10, 13), une base légale formelle s'impose (Cst. 36).

- d/ En règle générale, c'est le droit public cantonal qui détermine l'existence et l'étendue du devoir de fonction, en l'espèce de l'obligation de renseigner.

Les articles 121 et 122 de la loi fiscale (RS/VS 642.1) réglementent le devoir de collaboration entre autorités fiscales et des autres autorités. L'article 28a du projet procède de la même manière.

Les autorités administratives chargées de l'exécution des peines et mesures (LACP 18ss) doivent se communiquer les renseignements selon l'alinéa 1. La CLDJP a édicté, le 31 octobre 2013, une recommandation (concordat latin sur la détention pénale des adultes, 4 II c) "*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*". Cette recommandation vise à harmoniser l'exécution des sanctions dans les cantons partenaires (CP 372 III; concordat, 4 II c 1^{er} §). Ainsi, l'obligation de renseigner vaut-elle pour les autorités administratives concordataires, à tout le moins pour celles dont la législation aura été adaptée, comme le préconise la recommandation.

Les autorités judiciaires, le ministère public et les autorités administratives doivent communiquer les renseignements aux autorités d'application des sanctions selon l'alinéa 2. Le projet retient les propositions du ministère public, du tribunal de l'application des peines et des mesures et de l'Office fédéral de la justice à propos de ce devoir d'entraide entre autorités. La coopération attendue des autorités administratives cantonales et communales est conçue sur le modèle de l'article 16 LPJA rédigé en termes généraux; en raison de la diversité des cas d'espèce, il n'est pas indiqué d'être plus précis. Pour le même motif, la notion de "*renseignements nécessaires*" est conçue comme un concept juridique indéterminé qu'il faudra interpréter de cas en cas. L'obligation de renseigner doit répondre à un intérêt public et respecter le principe de proportionnalité (Cst. 5 II).

- e/ L'autorité de probation (CP 93) est organisée en réseau dans notre canton (LACP 22). Elle compte des partenaires de droit public et des partenaires de droit privé.

La collaboration avec les partenaires de droit privé est réglée par convention (LACP 22 II b). Cette convention traite notamment du devoir de renseigner.

Les partenaires de droit public (LACP 22 II a) sont en principe des autorités administratives et des services cantonaux ou communaux soumis au secret de fonction.

Compte encore au nombre des partenaires de droit public, l'Hôpital du Valais, Réseau Santé Valais. Selon l'article 31 alinéa 1 de la loi sur la santé (RS/VS 800.1), les professionnels de la santé et leurs auxiliaires sont tenus au secret professionnel et leur devoir de signalement est régi par l'article 28b du projet.

f/ L'article 28a alinéa 4 renvoie à l'article 102 CPP.

2.2 **Article 28b - Devoir de signalement**

a/ L'article 28b traite du **devoir de signalement**.

Les professionnels de la santé sont tenus au secret professionnel. L'article 61 de la loi sur la santé définit la notion de "*professionnels de la santé*":

Art. 61 *Professions soumises à la présente loi*

¹ *Les professionnels de la santé soumis à la présente loi sont les personnes qui, à titre professionnel, sont en contact direct avec des patients à qui elles fournissent des prestations liées à leur santé et dont l'activité présente un risque tel qu'elle nécessite un contrôle de l'Etat.*

² *Les professions de la santé comprennent les professions médicales (médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens) et les autres professions de la santé, dont le Conseil d'Etat établit périodiquement la liste par voie d'ordonnance, sur préavis de la commission de surveillance des professions de la santé.*

L'ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance (RS/VS 811.100) retient, au nombre des professionnels de la santé, l'infirmier et le psychologue-psychothérapeute (1 II).

b/ La révélation du secret professionnel auquel sont astreints, notamment, les médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues et leurs auxiliaires est punissable (CP 321 I), sauf si la révélation a été faite avec le consentement de l'intéressé (CP 321 II) ou sur autorisation de l'autorité supérieure ou de surveillance (CP 321 II, loi sur la santé 33), ou encore sur la base de la législation fédérale ou cantonale prescrivant une obligation de renseigner une autorité (CP 321 III).

L'article 32 de la loi sur la santé traite de la levée du secret professionnel (al. 1) et réserve "*les dispositions légales statuant une obligation de renseigner ...*" (al. 2).

c/ L'article 28b constitue un cas d'application des articles 321 chiffre 3 CP et 32 alinéa 2 de la loi sur la santé.

L'article 28b procède à une pesée des intérêts et respecte le principe de proportionnalité:

aa/ Le devoir de signalement ne concerne que le professionnel de la santé; elle ne s'étend pas à ses auxiliaires.

bb/ L'accès aux données personnelles du patient, découlant du devoir de signalement, ne vise pas tout condamné en exécution de peine ou mesure, mais le seul condamné présumé dangereux au sens de l'article 75a alinéa 1 lettre a et alinéa 3 CP (supra ch. 1.4.1) et astreint à une mesure pénale précise de traitement ou d'accompagnement.

En définissant le condamné dangereux par référence à l'article 75a alinéa 1 lettre a CP, la loi cantonale fait abstraction du point de savoir si, dans un cas d'espèce, la dangerosité a été constatée par l'autorité d'exécution ou la commission spécialisée en matière de dangerosité (LACP 52s), problématique traitée par l'article 75a alinéa 1 lettre b CP, et qui ne doit pas interférer dans la collecte d'informations par l'autorité. Cette précision contribue à délimiter sans ambiguïté le cercle des condamnés dangereux à l'égard desquels il y a un devoir de signalement, comme le demande le tribunal de l'application des peines et des mesures dans la procédure de consultation.

- cc/ L'autorité administrative ou judiciaire compétente en matière d'exécution des sanctions informe le professionnel de la santé sur le statut du condamné à l'égard duquel il a une obligation de renseigner. Ce principe, proposé dans la procédure de consultation par le service de la santé et le médecin cantonal, contribue encore à déterminer avec précision le cercle des condamnés dangereux au sens de l'article 28b du projet.
- dd/ Le devoir de signalement ne porte pas sur toutes les données et tous les comportements du "condamné/patient", mais sur les seuls faits pertinents du point de vue de la sécurité publique qui ont ou peuvent avoir une influence sur l'exécution de la sanction ou sur l'appréciation de la dangerosité.
- ee/ Le professionnel de la santé doit apprécier, de cas en cas, si l'état de fait dont il a connaissance lui impose une obligation de renseigner. Il y procède sous sa propre responsabilité, en sachant qu'une infraction peut être commise par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir (CP 11).
- ff/ Le devoir de signalement porte exclusivement sur un fait pertinent pour l'appréciation de la dangerosité. Il ne s'étend pas à un diagnostic entendu comme une évaluation ou un jugement porté sur ce fait afin de déterminer le risque de récidive. Cette évaluation ou ce jugement relève de l'autorité administrative ou judiciaire compétente en matière d'exécution de la sanction.

III. Conclusion / Incidence financière

3.1 En matière d'exécution des peines et mesures, les tragiques événements survenus récemment dans les cantons de Vaud et de Genève ont mis en évidence la nécessité de déplacer le curseur en direction de la sécurité publique et de la protection de la population. Le présent projet y pourvoit sans remettre en cause l'objectif de réinsertion des condamnés.

3.2 Le projet ne comporte aucune incidence financière.

Vu le développement qui précède, nous vous proposons, Monsieur le Président du Grand Conseil, Mesdames et Messieurs les Députés, d'accepter le projet de loi modifiant la loi d'application du code pénal suisse, et vous recommandons, avec nous, à la protection divine.

Sion, le 20 mars 2014.

Le président du Conseil d'Etat: **Maurice Tornay**
Le chancelier d'Etat: **Philipp Spörri**