LA COEXISTENCE DES SECRETS EN EXECUTION DE PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE

Vers un modèle de partage des informations confidentielles en milieu carcéral

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du grade de docteur en droit

Par

Manon Jendly

Acceptée sur proposition du jury :
Prof. Pierre-Henri Bolle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse
Prof. Nicolas Queloz, Faculté de droit de l'Université de Fribourg, rapporteur
Prof. Franz Schultheis, Département de sociologie de l'Université de Genève, rapporteur

Soutenue le 14 décembre 2005

Université de Neuchâtel
2005

Mots clés : Institution carcérale - Réforme pénale et pénitentiaire - Prise en charge des détenus - Intervenants pénitentiaires - Secret de fonction - Secret médical - Protection des données

Keywords: Prison system - Penal and penitentiary reform - Treatment of offenders - Correctional and professional staff - Professional secrecy - Medical Confidentiality - Data protection

Résumé :

Cette recherche s'inscrit dans le cadre de la refonte de la politique pénitentiaire helvétique, laquelle a été entamée depuis plusieurs décennies et considère la peine privative de liberté en tant qu'*ultima ratio*. De fait, les frontières de l'institution carcérale sont en cours de redéfinition, ses finalités repensées, son agencement et son organisation réexaminés. La révision du Code pénal suisse témoigne de cette évolution : elle évince la peine privative de liberté du cœur du système des sanctions. Pour les délinquants qui n'échappent toutefois pas à la prison, elle préconise une prise en charge individualisée, adaptée à leur personnalité et suscitant leur « participation active ». De nouveaux concepts de prise en charge des détenus sont ainsi prévus, dont plusieurs laissent supposer que des protocoles de collaboration entre les différents professionnels chargés de leur encadrement devront être mis en oeuvre. Or, au cœur des relations entre ces intervenants se niche souvent une obligation de confidentialité dictée par la loi, susceptible précisément de brouiller le jeu des coopérations et d'engendrer des différends. S'il n'est pas aisé de déceler les limites entre l'obligation de se taire et le besoin de savoir des professionnels exerçant en société libre, il est plus complexe encore de les déterminer dans un milieu fermé, au sein duquel les rapports de force sont nombreux, la hiérarchie stricte et l'équilibre entre détenus et détenants toujours précaire. Aussi l'objectif de ce travail consiste-t-il en la proposition d'un modèle réglementé de partage, entre les différents intervenants investis de la prise en charge d'un détenu, des informations confidentielles le concernant.

Summary:

This work is placed within the framework of the revision of the Swiss penitentiary policy, which started several decades ago. If imprisonment should only be considered as a last resort, the outlines of prison must then be redefined, as well as its structure and organization. The revision of the Swiss Criminal Code testifies this evolution. It eliminates incarceration in the core of the criminal sanctions system. For those who could not escape from it, it recommends an individualized treatment, targeted at the personality of the convict and encouraging his « active participation ». To reach this goal, measures enabling a real dialogue between correctional and professional staff members must be implemented. However, the relationships between the various actors - particularly between the wardens and the medical staff - are very often biased because of implicit or formal secrecy. How then can tensions resulting from withholding such information be reduced in a situation already highly affected with conflictual relations? Whilst one cannot easily define where the secret belongs in the "free" society, it appears even more difficult to determine its place in a corrective institution, where power struggles are omnipresent, hierarchy strongly defined and where observers and observees are constantly attempting to balance their acts. As such, the objective of this work consists in developing a framework enabling the exchange of confidential information between the various actors involved in the treatment of offenders and entrusted with a secret protected by law, either because of their position or their profession.

Université de Neuchâtel unine

IMPRIMATUR POUR LA THESE

La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté. Vers un modèle de partage des informations confidentielles en milieu carcéral

Manon Valérie JENDLY

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

MM. P. -H. Bolle (directeur de thèse)
F. Schultheis (Université de Genève)
N. Queloz (Université de Fribourg)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 28 décembre 2005

Le doyen:
Pascal Mahon

Faculté de droit
■ Av. du 1er-Mars 26 ■ CH- 2000 Neuchâtel
■ Téléphone : +41 32 718 12 00 ■ Fax : +41 32 718 12 01 ■ E-mail : secretariat.droit@unine.ch ■ www.unine.ch/droit

Remerciements

Mes remerciements s'adressent tout d'abord à mon directeur de thèse, le Professeur Pierre-Henri Bolle, qui m'a motivée à entreprendre ce travail et l'a enrichi de ses remarques pertinentes. Je lui suis particulièrement reconnaissante de la liberté et de la confiance qu'il m'a accordées tout au long de son élaboration. Je tiens ensuite à remercier vivement mes deux co-rapporteurs de thèse : le Professeur Nicolas Queloz, pour ses commentaires avertis, sa disponibilité et ses encouragements, ainsi que le Professeur Franz Schultheis, pour m'avoir permis de participer au séminaire romand des doctorants en sciences sociales, initiée à la recherche empirique et suggéré de nombreuses pistes de réflexion.

Pour l'attention qu'ils ont porté à ma démarche et le temps qu'ils m'ont consacré, j'exprime toute ma gratitude aux directeurs ainsi qu'à leurs adjoints qui m'ont ouvert les portes de leurs établissements pénitentiaires. J'adresse également ma plus profonde reconnaissance aux intervenants pénitentiaires qui ont accepté de me confier leurs expériences. Nos échanges ont considérablement alimenté ma réflexion et furent source de grande motivation. Je remercie aussi M. André Vallotton, Délégué aux affaires pénitentiaires du canton de Vaud, de ses conseils avertis et des nombreuses et fécondes discussions que nous avons partagées. Ma gratitude s'adresse également au Dr. Bruno Gravier, Chef du Service de médecine et psychiatrie pénitentiaires du canton de Vaud, pour sa constance dans la réflexion et la justesse de ses remarques. Je souhaite en outre témoigner ma reconnaissance à M. Henri Nuoffer, Secrétaire de la Conférence latine des chefs des Départements de justice et police, pour le matériel qu'il m'a fourni et son intérêt pour ma recherche. Je remercie enfin l'équipe du Centre suisse de formation pour le personnel pénitentiaire, en particulier son Directeur, Monsieur Philippe de Sinner, et Ariane Senn, responsable de la coordination des cours français, qui m'ont toujours admirablement bien accueillie à Fribourg et conviée à leurs manifestations.

Mes remerciements les plus chaleureux vont à mon amie Noémie Helle, avocate et assistante-doctorante, qui s'est attelée avec rigueur et dévouement au travail austère de relecture de mon manuscrit et dont les critiques m'ont été très précieuses. Je ne saurais oublier à cet endroit mon papa et le Professeur Jean-Luc Bacher, pour leur relecture attentive de la première partie de ce travail. J'adresse aussi un merci tout particulier à Jean Perrenoud, documentaliste et collaborateur scientifique à l'Institut de droit de la santé, qui m'a régulièrement tenue informée de nombreux écrits en lien avec ma problématique.

En m'accordant une bourse « chercheur débutant », le Fonds national suisse de la recherche scientifique m'a permis d'achever ce travail au sein du Centre international de criminologie comparée (CICC) de l'Université de Montréal (UdM). Je l'en remercie infiniment, de même que le CICC, qui m'a réservé un très bel accueil. Tout au long de mon séjour au Canada, la Professeure Marion Vacheret n'a eu de cesse de m'encourager. Je tiens à la remercier des débats fructueux que nous avons partagés et de sa relecture consciencieuse de plusieurs chapitres de mon manuscrit. Je remercie également les jeunes chercheurs de l'Ecole de criminologie de l'UdM qui m'ont beaucoup encouragée durant la phase finale de rédaction et fait bénéficier de l'émulation qui régnait au sein de leur laboratoire.

Même à des milliers de kilomètres, mes parents ont toujours été présents. Je tiens à leur répéter ici combien rien n'aurait été possible sans leur aide inestimable, tout comme celle de mon frère, Nicolas. Enfin, pour son soutien inconditionnel, son enthousiasme, son irrésistible humour et ses talents culinaires, je réitère mes plus tendres remerciements à Michaël.

Montréal, janvier 2006.

« *(…) un secret, ce n'est pas quelque chose qui ne se raconte pas. Mais c'est une chose qu'on se raconte à voix basse, et séparément* »

Marcel PAGNOL, *César*, Paris, Fasquelle, 1946, p. 117.

Avertissement :

Ce travail rend compte en principe de la situation dans les établissements étudiés jusqu'au 31 décembre 2004, ainsi que de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine jusqu'au 30 juin 2005. Tous les sites ont été consultés pour la dernière fois le 31 décembre 2005.

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES VIII

TABLE DES ABREVIATIONS XIII

1 INTRODUCTION 1
1.1 Contexte 1
1.2 Problématique 3
1.3 Plan 5
1.4 Délimitations et méthodologie 7
1.5 Précisions terminologiques 10

PREMIERE PARTIE : AU DETOUR DU SECRET ET DE LA PRISON

1 CONTOURS DU SECRET 14
1.1 Introduction 14
1.2 La place du secret au sein de la société civile occidentale 15
1.2.1 D'un point de vue juridique 15
1.2.2 D'un point de vue sociologique 17
1.3 Les fondements théoriques du secret en droit 18
1.3.1 Les principales sources du secret 18
1.3.1.1 La notion de secret au niveau constitutionnel 19
1.3.1.2 La notion de secret au niveau légal et réglementaire 23
1.3.1.3 La notion de secret en déontologie 29
1.3.2 Les diverses expressions de la nature du secret 30
1.3.2.1 Le secret : notions de droit public et de droit privé 30
1.3.2.2 Le secret : sens formel et sens matériel 31
1.3.2.3 Le secret dit absolu et le secret dit relatif 32
1.3.3 La titularité du secret 36
1.3.3.1 Le secret individuel et le secret collectif 36
1.3.4 L'objet du secret 37
1.3.5 Les limites inférieures du secret 38
1.3.5.1 Le devoir de discrétion 38
1.3.5.2 Le devoir de réserve 39
1.4 Conclusion liminaire 39

2 REFLEXIONS AUTOUR DE LA PRISON 41
2.1 Survol historique 41
2.2 Fonctions de la peine privative de liberté et finalités attribuées à son exécution 43
2.3 Le dilemme de la prison 46
2.4 Remise en question de l'institution carcérale 47

DEUXIEME PARTIE : DES SECRETS INCARCERES

1 EXECUTION DES PEINES PRIVATIVES DE LIBERTE 51
1.1 Introduction 51
1.2 Cadre légal 51
1.2.1 Droit fédéral 52
1.2.1 Droit concordataire 53
1.2.2 Droit cantonal 55
1.2.3 Code pénal révisé 55
1.2.4 Règles pertinentes au niveau régional et international 57
1.2.5 L'application concrète du droit en prison 58
1.3 Etablissements pénitentiaires 61
1.4 Régimes pénitentiaires 64

1.4.1 Bref historique ... 64
1.4.2 Régime en vigueur ... 65
1.4.3 Nouvelles perspectives avec l'entrée en vigueur du Code pénal révisé ... 67
1.5 Prise en charge psycho-médico-sociale en milieu carcéral ... 70
1.5.1 Teneur actuelle ... 70
1.5.2 Nouvelles orientations ... 73
1.5.3 Remarques prospectives ... 76
1.6 Les intervenants de l'exécution des peines privatives de liberté ... 83
1.6.1 Les membres de la direction ... 84
1.6.2 Le personnel de surveillance ... 86
1.6.2.1 Statut, composition et organisation ... 86
1.6.2.2 Missions ... 87
1.6.2.3 Culture identitaire ... 89
1.6.3 Le personnel soignant ... 92
1.6.3.1 Statut, organisation et composition ... 92
1.6.3.2 Missions ... 95
1.6.3.3 Culture identitaire ... 96
1.6.4 Le personnel socio-éducatif ... 100
1.6.4.1 Statut, composition et organisation ... 100
1.6.4.2 Missions ... 102
1.6.4.3 Culture identitaire ... 104
1.6.5 Les tiers dont l'intervention est ponctuelle ou sporadique ... 108
1.6.5.1 Les ministres du culte ... 108
1.6.5.2 Les collaborateurs du service de probation ... 109
1.6.5.3 Les visiteurs ... 111
1.6.5.4 Les instances de contrôle de l'application des sanctions privatives de liberté ... 112
1.7 La population pénale ... 114
1.7.1 Statut juridique du détenu ... 114
1.7.2 Une population hétérogène et fragilisée ... 116
1.7.3 Sous-culture carcérale ... 119
1.8 Un faisceau de relations ... 120
1.8.1 Relations entre détenus ... 122
1.8.2 Relations entre intervenants ... 124
1.8.3 Relations entre intervenants et détenus ... 126

2 SECRETS EN EXECUTION DE PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE ... 130
2.1 Introduction ... 130
2.2 Le secret de fonction "incarcéré" ... 131
2.2.1 Délimitations ... 131
2.2.1.1 Du cadre juridique ... 131
2.2.1.2 Des intervenants en milieu carcéral concernés ... 131
2.2.2 Le secret de fonction sous l'angle du droit pénal fédéral ... 132
2.2.2.1 Portée personnelle ... 132
2.2.2.2 Portée matérielle ... 134
2.2.2.3 Intérêts protégés ... 136
2.2.2.4 Portée temporelle ... 137
2.2.2.5 Révélation non-punissable ... 137
2.2.2.5.1 Fait justificatif spécial ... 137
2.2.2.5.1.1 Autorisation de l'autorité supérieure ... 137
2.2.2.5.1.1.1 Obligation de témoigner en justice ... 138
2.2.2.5.2 Faits justificatifs généraux ... 139
2.2.2.5.2.1 Acte ordonné ou permis par la loi et devoir de fonction ... 139
2.2.2.5.2.2 Légitime défense et état de nécessité ... 140
2.2.2.5.3 Faits justificatifs extra-légaux ... 140
2.2.2.5.3.1 Consentement et sauvegarde d'intérêts légitimes ... 140
2.2.2.5.3.2 Le secret partagé ... 141
2.2.2.5.3.2.1 Dans l'intérêt du maître du secret ... 141
2.2.2.5.3.2.2 Dans l'intérêt des autorités publiques ... 141
2.2.2.6 Révélation punissable ... 142

2.2.2.7 Poursuite 143
2.2.2.8 Sanctions 143
2.2.2.9 Données chiffrées 143
2.2.3 Le secret de fonction sous l'angle de la législation cantonale 144
2.2.3.1 Secret de fonction et transparence de l'administration 145
2.2.3.2 Secret de fonction dans les législations cantonales sur la fonction publique 150
2.2.3.2.1 Fribourg 150
2.2.3.2.2 Genève 151
2.2.3.2.3 Jura 152
2.2.3.2.4 Neuchâtel 153
2.2.3.2.5 Tessin 154
2.2.3.2.6 Valais 154
2.2.3.2.7 Vaud 155
2.2.3.2.8 Eléments communs 156
2.3 Le secret médical "incarcéré" 157
2.3.1 Délimitations 157
2.3.1.1 Du cadre juridique 157
2.3.1.2 Des intervenants en milieu carcéral concernés 157
2.3.2 Le secret médical sous l'angle du droit pénal fédéral 158
2.3.2.1 Portée personnelle 159
2.3.2.2 Portée matérielle 161
2.3.2.3 Intérêts protégés 162
2.3.2.4 Portée temporelle 164
2.3.2.5 Révélation non punissable 165
2.3.2.5.1 Faits justificatifs spéciaux 165
2.3.2.5.1.1 Consentement du patient 165
2.3.2.5.1.2 Autorisation de l'autorité compétente 168
2.3.2.5.1.3 Obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice 173
2.3.2.5.2 Faits justificatifs généraux 186
2.3.2.5.2.1 Acte ordonné ou permis par la loi et devoir de profession 186
2.3.2.5.2.2 Légitime défense 189
2.3.2.5.2.3 Etat de nécessité 189
2.3.2.5.3 Fait justificatif extra-légal 190
2.3.2.5.3.1 Le secret médical partagé 190
2.3.2.5.3.1.1 Dans l'intérêt du maître du secret 192
2.3.2.5.3.1.2 Dans l'intérêt de la profession médicale et de la politique sanitaire 192
2.3.2.5.3.2 Le secret médical partagé "incarcéré" 193
2.3.2.6 Révélation punissable 194
2.3.2.7 Poursuite 195
2.3.2.8 Sanctions 196
2.3.2.9 Données chiffrées 197
2.3.3 Le secret médical sous l'angle de la législation cantonale 197
2.3.3.1 Fribourg 198
2.3.3.2 Genève 198
2.3.3.3 Jura 199
2.3.3.4 Neuchâtel 199
2.3.3.5 Tessin 200
2.3.3.6 Valais 200
2.3.3.7 Vaud 200
2.3.3.8 Eléments communs 201
2.3.4 Le secret médical sous l'angle de la déontologie 202
2.4 La protection des données "incarcérées" 206
2.4.1 Délimitations 206
2.4.1.1 Du cadre juridique 206
2.4.1.2 Des intervenants en milieu carcéral concernés 207
2.4.2 La protection des données au niveau fédéral 207
2.4.3 La protection des données au niveau cantonal 213
2.4.3.1 Fribourg 214
2.4.3.2 Genève 214

2.4.3.3 Jura ... 214
2.4.3.4 Neuchâtel ... 215
2.4.3.5 Tessin ... 215
2.4.3.6 Valais ... 215
2.4.3.7 Vaud ... 216
2.4.3.8 Eléments communs ... 216
2.4.4 La protection des données sous l'angle de la déontologie ... 221
2.4.5 Mise en œuvre de l'ensemble de ces règles en milieu carcéral ... 222
2.4.5.1 Protection du dossier administratif et du dossier individuel ... 223
2.4.5.2 Protection du dossier médical ... 228
2.4.5.3 Protection du dossier social ... 237
2.4.6 Synthèse ... 238
2.4.7 Protection des données et transparence de l'administration ... 241
2.5 Conclusion liminaire ... 243

3 UNE PRATIQUE FAÇONNEE PAR LE SECRET : LA MEDECINE PENITENTIAIRE ... 245
3.1 Introduction ... 245
3.2 Fondements de la médecine pénitentiaire ... 245
3.2.1 Sources ... 245
3.2.2 Principes directeurs ... 249
3.2.2.1 Accès au médecin ... 249
3.2.2.2 Equivalence des soins ... 249
3.2.2.3 Consentement du patient et confidentialité ... 250
3.2.2.4 Prévention sanitaire ... 251
3.2.2.5 Intervention humanitaire ... 251
3.2.2.6 Indépendance professionnelle ... 252
3.2.2.7 Compétence professionnelle ... 252
3.3 Une pratique, un statut de patient et une relation singuliers ... 253
3.3.1 Une médecine dite institutionnelle ... 253
3.3.2 Un patient incarcéré ... 255
3.3.3 Une relation médicale démystifiée ... 256

4 QUELQUES ENJEUX CONCRETS LIES AUX SECRETS "INCARCERES" ... 259
4.1 Introduction ... 259
4.2 Cas d'application ... 259
4.2.1 Dans la pratique quotidienne des soignants ... 259
4.2.1.1 La situation du médecin "expert" ... 260
4.2.1.1.1 Certificat médical d'incapacité de travail ... 261
4.2.1.2 La situation du médecin "auxiliaire" ... 264
4.2.2 Dans la pratique quotidienne des agents de détention ... 265
4.2.2.1 Distribution des médicaments et gestion de la pharmacie ... 267
4.2.2.2 Demande de consultation médicale ... 268
4.2.2.3 Contrôle de la correspondance échangée avec le médecin ... 269
4.2.3 Au regard du contenu de l'information protégée par le secret ... 275
4.2.3.1 Information liée à l'état d'un détenu qui porte ou menace sérieusement de porter atteinte à sa vie ou son intégrité corporelle, ou celle d'autrui ... 275
4.2.3.2 Information liée à la préparation ou à la commission d'une infraction ... 279
4.2.4 Au regard de l'exécution proprement dite de la peine privative de liberté ... 279
4.2.4.1 S'agissant de l'opportunité de l'octroi de modalités d'exécution de peine ... 280
4.2.4.2 A l'occasion de l'interruption de l'exécution de la peine ... 283
4.3 Une situation conflictuelle type : la gestion des cas de séropositivité en prison ... 285
4.3.1 Prison et pandémie du sida ... 286
4.3.2 Sida et secret médical "incarcéré" ... 287

5 CHRONIQUE D'UNE LUTTE DE POUVOIRS ANNONCEE ... 290
5.1 Introduction ... 290
5.2 Significations de l'obligation de secret ... 291
5.2.1 Pour le personnel de surveillance ... 291
5.2.2 Pour le personnel socio-éducatif ... 292

5.2.3 Pour le personnel soignant ... 293
5.3 Principales origines de la problématique ... 295
5.3.1 Le secret au cœur des relations et interactions entre intervenants ... 295
5.3.2 Le secret au cœur des luttes de pouvoir entre intervenants ... 298
5.3.3 Le secret au cœur du processus communicationnel entre intervenants ... 299

TROISIEME PARTIE : UN MODELE DE PARTAGE DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES EN MILIEU CARCERAL

1 TRANSPARENCE OU OPACITE ? ... 306
1.1 Essai de définitions corrélées ... 306
1.1.1 Apologie de la transparence : exclusion du secret ... 306
1.1.2 Apologie de l'opacité : maintien absolu du secret ... 307
1.2 Les solutions actuelles retenues ... 307
1.2.1 Par la doctrine ... 308
1.2.2 Dans les Directives de l'Académie suisse des sciences médicales ... 309
1.2.3 Dans la loi ... 311
1.2.3.1 Un exemple tiré de la législation cantonale ... 311
1.2.3.2 Une piste étrangère ... 312
1.2.4 En pratique ... 314
1.2.4.1 La Commission interdisciplinaire consultative vaudoise ... 314

2 UNE TYPOLOGIE *SUI GENERIS* DES SECRETS "INCARCERES" ... 317
2.1 Introduction ... 317
2.2 Le secret relatif ... 319
2.3 Le secret partagé entendu au sens étroit ... 320
2.4 Le secret partagé entendu au sens large ... 321
2.5 Le secret expertal ... 325

3 PROPOSITION D'UN MODELE DE PARTAGE ADEQUAT DES INFORMATIONS SCELLEES PAR UN SECRET "INCARCERE" ... 329
3.1 Introduction ... 329
3.2 Premières esquisses du modèle : désillusions et réalités ... 329
3.3 Fondements du modèle ... 333
3.3.1 Reconnaissance du travail pluri- et interdisciplinaire ... 333
3.3.2 Recours systématique à un expert neutre et indépendant dans certaines situations prédéfinies ... 336
3.4 Elaboration du modèle ... 338
3.4.1 Propositions de règles de conflit ... 338
3.4.1.1 Travail interdisciplinaire ... 339
3.4.1.2 Obligation de secret ... 339
3.4.1.3 Motifs justifiant la révélation du secret ... 339
3.4.1.4 Médecin pénitentiaire expert ... 340
3.4.2 Détermination du bon niveau normatif ... 341

CONCLUSION ... 345

BIBLIOGRAPHIE ... 348

TABLE DES ABREVIATIONS

al.	alinéa
AMM	Association médicale mondiale
AP-PCS	Avant-projet de procédure civile suisse
AP-PPS	Avant-projet de procédure pénale suisse
art.	article
ASPAS	Association suisse des praticiens de l'action sociale
ASSM	Académie suisse des sciences médicales
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Bd.	Band
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
CAP	Commission de l'application des peines
CC/CCS	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCDJP	Conférence des directrices et directeurs des Départements cantonaux de justice et police
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembres 1950 (Convention européenne des droits de l'homme ; RS 0.101)
cf.	conferre
ch.	chiffre
CIC	Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychiatrique
CII	Conseil international des infirmières
CLDJP	Conférence latine des chefs des Départements de justice et police
CMPS	Conférence des médecins pénitentiaires suisses
CO	Loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)
Coll.	collection
coll.	collaboration
CP/CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
CSFPP	Centre suisse de formation pour le personnel pénitentiaire
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
dir.	direction
Dr.	Docteur
EB	Etablissements de Bellechasse
éd.	édition
Ed/Eds	éditeur/éditeurs
EPO	Etablissements de la plaine de l'Orbe
etc.	et cetera
FEAP	Fédération européenne des associations de psychologues

FF	Feuille fédérale
FIPP	Fondation internationale pénale et pénitentiaire
FJS	Fiches juridiques suisses
FMH	Fédération des médecins suisses
FSP	Fédération suisse des psychologues
GRAAP	Groupe romand d'accueil et d'action psychiatrique
IDS	Institut de droit de la santé
in	dans
infra	ci-dessous, plus bas
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAP	Juge d'application des peines
JT	Journal des Tribunaux
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (Loi sur l'assurance-chômage ; RS 837.0)
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (RS 831.20)
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (RS 833.1)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10)
LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 4 octobre 1991 (RS 312.5)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (RS 831.10)
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (Loi sur le blanchiment d'argent ; RS 955.0)
LBN	Loi fédérale sur la Banque nationale suisse du 3 octobre 2003 (RS 951.11)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (RS 221.229.1)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (Loi sur les cartels ; RS 251)
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (RS 741.01)
LEaux	Loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (RS 814.20)
LEp	Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 18 décembre 1970 (Loi sur les épidémies ; RS 818.101)
lit.	litera
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LMSI	Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997 (RS 120)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
LPC	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1)

LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (RS 814.90)
LPP	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0)
LPPM	Loi fédérale sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et mesures du 5 octobre 1984 (RS 341)
LPTh	Loi fédérale sur les produits thérapeutiques du 15 décembre 2000 (RS 812.21)
LSCMLC	Loi régissant le système correctionnel, la mise en liberté sous condition et le maintien en incarcération, et portant création du bureau de l'enquêteur correctionnel du 18 juin 1992
LSCP	Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 6 octobre 2000 (RS 780.1)
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (Loi sur les stupéfiants ; RS 812.121)
LT	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail ; RS 822.11)
LTC	Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (RS 784.10)
LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence de l'administration du 17 décembre 2004 (loi sur la transparence ; FF 2004 6807)
LTrD	Loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (Loi sur le travail à domicile ; RS 822.31)
n°/Nr.	numéro
n°s	numéros
nCP	Code pénal suisse dans sa modification du 13 décembre 2002
OALSP	Ordonnance du 14 juin 1993 concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale (RS 235.154)
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (RS 832.102)
OCP 1	Ordonnance (1) relative au code pénal suisse du 13 novembre 1973 (RS 311.01)
OCP 2	Ordonnance (2) relative au code pénal suisse du 6 décembre 1982 (RS 311.02)
OCP 3	Ordonnance (3) relative au code pénal suisse du 16 décembre 1985 (RS 311.03)
OEC	Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (RS 211.112.2)
OFS	Office fédéral de la statistique
OISIS	Ordonnance sur le système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat du 30 novembre 2001 (RS 120.3)
OLPD	Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993 (RS 235.11)
OMéd	Ordonnance sur les médicaments du 17 octobre 2001 (RS 812.212.21)
OMS	Organisation mondiale de la santé
OMSI	Ordonnance sur les mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 27 juin 2001 (RS 120.2)
ONU	Organisation des Nations Unies
op. cit.	opere citato
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (RS 172.220.111.3)

OPPM	Ordonnance sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures du 29 octobre 1986 (RS 341.1)
p./pp.	page/pages
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
par.	paragraphe
PEP	plan individuel d'exécution de peine
PPM	Loi fédérale sur la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RPT	Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique de la législation bernoise
RSBS	Recueil systématique de la législation de Bâle-ville
RSCMLC	Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition du 29 octobre 1992
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	Recueil systématique de la législation genevoise
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJU	Recueil systématique de la législation jurassienne
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSS	Recueil systématique de la législation soleuroise
RST	Recueil systématique de la législation tessinoise
RSVD	Recueil systématique de la législation vaudoise
RSVS	Recueil systématique de la législation valaisanne
RSZ	Recueil systématique de la législation zurichoise
s/ss	suivant/suivants
sida	syndrome immunodéficitaire acquis
SJ	La Semaine judiciaire
SMPP	Service de médecine et psychiatrie pénitentiaires
STE	Série des traités européens
supra	ci-dessus, plus haut
TF	Tribunal fédéral
trad.	traduit/traduction
UE	Union européenne
VIH	virus de l'immunodéficience humaine
vol.	volume
WPA	World Psychiatric Association

1 INTRODUCTION

1.1 Contexte

Les questions liées au secret et à son antonyme, la transparence, sont aussi épineuses qu'intemporelles. Ces notions renvoient à celles de contraste et d'opposition, en particulier entre le privé, généralement garanti par le secret, et le public, prônant plutôt la transparence[1]. Le secret constitue à lui seul un concept à géométrie variable. Il peut notamment concerner les relations entre les individus eux-mêmes ou celles qu'ils entretiennent avec l'Etat. Qu'il se réfère à un rapport horizontal ou vertical, il poursuit ordinairement une pluralité d'intérêts distincts et constitue un paramètre parmi d'autres de régulation de la vie en société. Celle-ci évolue et le secret simultanément, raison pour laquelle les frontières de ce dernier se déplacent, au gré de la reconnaissance qui lui est accordée[2].

Il existe une pléthore de textes juridiques consacrés aux différents types de secret[3]. L'obsolescence de certains et les divergences des uns par rapport aux autres ne facilitent pas la délimitation des contours des secrets qu'ils érigent. Le juriste peine à réunir les dispositions y relatives, tant elles sont dispersées. Cette multiplicité de normes contraint en outre parfois les praticiens à mobiliser leur seule conscience. Dans ces conditions, d'aucuns recourent à leur code de déontologie, qu'ils sont alors susceptibles d'interpréter de façon trop - ou trop peu - restrictive ou, faute de connaître les règles, se livrent à des pratiques irrespectueuses du secret qui leur incombe.

Plus généralement, cette étude s'ancre dans un contexte sociétal au sein duquel les dérogations légales ou "pragmatiques" aux différentes obligations de secret sont relativement fréquentes. Aussi leurs finalités respectives sont-elles ponctuellement remises en question. La préservation du secret de fonction, par exemple, est un sujet de tensions au sein même de l'entité étatique qui l'abrite, à savoir l'administration publique. Si son étanchéité est communément admise par rapport au monde extérieur, sa possible perméabilité entre les services administratifs suscite encore un certain nombre d'interrogations. Les exceptions au secret médical sont aussi de plus en plus communément admises. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la littérature abondante et très controversée en la matière, que ce soit notamment au regard des assurances sociales et privées, de la protection des données, des

[1] FRISON-ROCHE (1999), p. 34. Cf. également PETITAT (1998), pp. 220s qui recourt à l'image de la poupée russe pour décrire les rapports du public et du privé en la matière. Voir enfin KRASTEVA (2000), p. 94 qui nous rappelle que « *la frontière entre le privé et le public est définie de manière différente dans la culture occidentale ou dans une culture mi-traditionnelle mi-moderne* », de même que dans un régime politique démocratique ou totalitaire.

[2] GLEIZAL (1981), p. 79.

[3] La protection du secret médical, par exemple, rayonne sur l'ensemble du paysage juridique suisse. Elle fait l'objet de dispositions pénales, administratives et, indirectement, constitutionnelles. Elle touche par ailleurs en droit privé les domaines de la protection des données ainsi que le droit civil et des obligations.

nouveaux moyens de communication et/ou de certains enjeux bioéthiques[4]. Le secret du soignant est de plus régulièrement confronté aux exigences des proches du patient, à celles de la justice dans la poursuite et la répression des infractions et aux intérêts de la société[5].

Par-delà ces restrictions, il est aussi des entorses aux secrets qui résultent des comportements des professionnels qui en sont détenteurs et qui peuvent parfois laisser songeur. Ainsi certaines violations du secret sont-elles « *institutionnalisées et banalisées* »[6] par ses plus fervents défenseurs[7]. Plusieurs études en milieu hospitalier, par exemple, attestent de pratiques d'échange d'informations couvertes par le secret au mépris des règles juridiques et déontologiques qui l'instituent[8].

Notre étude s'inscrit dans le cadre de la refonte de la politique pénitentiaire helvétique, laquelle a été entamée depuis plusieurs décennies et considère la peine privative de liberté en tant qu'*ultima ratio*[9]. De fait, les frontières de l'institution carcérale sont en cours de redéfinition, ses finalités repensées, son agencement et son organisation réexaminés. La révision du Code pénal suisse (CP)[10], dont l'entrée en vigueur est prévue au plus tôt au 1er janvier 2007[11], témoigne de cette évolution : elle évince la peine privative de liberté du cœur du système des sanctions. Pour les individus qui ne peuvent toutefois échapper à la prison, elle préconise une prise en charge individualisée, adaptée à la personnalité du délinquant et suscitant sa « *participation active* »[12]. Pour y parvenir, elle laisse supposer que devront être mis en oeuvre des protocoles de collaboration entre les intervenants. Or, les relations entre les différents professionnels exerçant en prison sont très souvent biaisées au nom d'une obligation de confidentialité dictée par la loi.

---

[4] Cf. notamment DE HALLER (1980); SPAHR (1987); NGWENA/CHADWICK (1993); GUILLOD O. (1994); KUHN H. (2001); HÜRLIMANN/JACOBS/POLEDNA (2001); GRAND (2002); GUILLOD/KÖNIG (2003); BRUNNER N. (2004); STAUFFER (2004) et le 12e rapport d'activités (2004/2005) du PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, juillet 2005.

[5] DUFOUR A. (2002); MICHALOWSKI (2003).

[6] ROSENCZVEIG/VERDIER (1999), p. 62.

[7] Dans le même sens, cf. DUMOULIN J. (1981*a*), pp. 174s.

[8] Cf. notamment UBEL/ZELL/MILLER/FISCHER/PETERS-STEFANI/ARNOLD (1995) et VIGOD/BELL/BOHNEN (2003), qui rapportent les résultats de deux études consacrées aux conversations tenues entre professionnels de la santé dans les espaces publics des hôpitaux, en particulier durant leurs trajets en ascenseur. Toutes deux témoignent de violations répétées des règles de confidentialité. Voir aussi le cas du médecin d'une équipe sportive professionnelle, rapporté par FLUECKIGER (2004). S'agissant de la médecine sportive précisément, cf. les règles 3.7 et 3.8 de la Directive pour la prise en charge médicale des sportifs qui constitue l'Annexe 5 au Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003, ainsi que la règle 10 de la Déclaration de l'Association médicale mondiale (AMM) sur les principes régissant les soins de santé en médecine sportive, adoptée par la 34e Assemblée médicale mondiale à Lisbonne en octobre 1981 et révisée la dernière fois par la 51e Assemblée, tenue à Tel Aviv en octobre 1999.

[9] KUHN/MOREILLON /VIREDAZ/WILLI-JAYET (2004).

[10] Modification du 13 décembre 2002, publiée in FF 2002 7658. Cf. également CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs* du 21 septembre 1998 ; FF 1999 1787. Notons que cette révision fait déjà l'objet d'un projet de nouvelles modifications, portant notamment sur l'internement et l'ajout de l'amende à la liste des sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'un détenu. Cf. CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003* du 29 juin 2005 ; FF 2005 4425.

[11] DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Communiqué de presse* du 4 mars 2005.

[12] Cf. art. 75 al. 3 nCP. L'art. 1er al. 2 et 3 du Règlement (n° R-2/1) de la Conférence latine des chefs des Départements de justice et police (CLDJP) concernant le régime progressif de l'exécution des peines et de l'internement des délinquants d'habitude du 27 octobre 2003 fixe déjà ces principes.

Le secret se situe par conséquent au cœur des interactions entre les différents professionnels de l'exécution des sanctions. Il est l'objet d'enjeux décisifs sur le terrain, en termes d'identité et d'indépendance professionnelles, d'autonomie des actions et de respect de la dignité des détenus. Dans l'accomplissement de leurs tâches, les praticiens ne parviennent pas toujours à déterminer s'il convient de révéler ou non le secret auquel ils sont astreints. De plus, une majorité d'entre eux ne connaissent pas la multitude de règles légales qui régissent leurs obligations de confidentialité. Nous nous sommes dès lors attachée à démêler cet imbroglio juridique et à en faire la critique, pour proposer enfin un modèle de réglementation du partage, entre les différents intervenants en milieu carcéral, des informations confidentielles qu'ils détiennent sur les détenus.

1.2 Problématique

Cette thèse se propose d'analyser les secrets auxquels sont astreints les différents professionnels de l'exécution des sanctions, impliqués à des titres divers dans la prise en charge psycho-médico-sociale des personnes incarcérées au sein d'établissements pénitentiaires. L'intérêt consiste à examiner les obligations légales de confidentialité qui leur incombent eu égard au milieu particulier dans lequel ils déploient leurs activités, et d'analyser les problèmes qui peuvent résulter de l'(in)observation de ces obligations en son sein.

Si « *la protection du secret fait l'objet d'une abondante doctrine* »[13], rares sont les auteurs à s'être penchés sur ceux auxquels sont tenus, de part la loi et leur déontologie, les différents acteurs de l'exécution des peines[14]. La problématique multidimensionnelle[15] de la coexistence en prison du secret médical, du secret de fonction et de la protection des données nominatives demeure pourtant l'objet de vives controverses[16]. La divulgation ou non de certains secrets contribue à créer des tensions, déjà multiples dans un espace aussi confiné. Elle attise des incertitudes endémiques et des conflits larvés dont les praticiens discutent de manière itérative, sans toutefois que de véritables solutions aient été trouvées à ces problèmes.

De fait, l'organisation, le fonctionnement, les impératifs et les objectifs de l'institution carcérale sont autant de paramètres difficilement compatibles avec des pratiques respectueuses de la confidentialité due aux personnes incarcérées. Il en va d'enjeux cruciaux, notamment pour les principaux intéressés que sont les détenus. Ici plus encore que dans

---

[13] CHAUDET/HEINZER (1997), p. 451.

[14] Sinon les praticiens eux-mêmes, dès lors qu'une tribune leur est offerte pour s'exprimer. Tel était le cas des *Informations pénitentiaires suisses*, dont on peut déplorer la disparition. Cette "revue professionnelle" restituait en effet les préoccupations des intervenants pénitentiaires sur de nombreux sujets liés à leur pratique respective. Sur les thèmes en lien avec notre problématique, par exemple la collaboration entre les différents corps de professionnels exerçant en prison, leurs tâches respectives et les problèmes de communication auxquels ils sont confrontés, voir les nombreux points de vue contrastés de différents praticiens notamment in : Informations pénitentiaires suisses 2/1983, pp. 80-100; 4/1985, pp. 200-218; 1/1986, pp. 33-39 et pp. 48-68; 2,3/1989, pp. 41-45 et pp. 51-59.

[15] « *Multidimensionnelle* », car elle peut être abordée sous des angles très différents et par des chercheurs issus de disciplines distinctes (sociologie, ethnologie, psychologie, psychiatrie, criminologie, travail social, droit, etc.).

[16] Tel qu'en atteste par exemple la réception très contestée des conclusions relatives au secret médical du rapport du 22 janvier 1999 émis par le GROUPE DE TRAVAIL « FORMATION (CONTINUE) DU PERSONNEL TRAVAILLANT EN MILIEU PÉNITENTIAIRE AVEC DES DÉLINQUANTS SOUFFRANT DE DÉSORDRES PSYCHIATRIQUES » institué conjointement par la Conférence des Directeurs cantonaux des affaires sanitaires (CDS) et la Conférence des Chefs des Départements cantonaux de justice et police (CCDJP). A ce propos, cf. S. ARSEVER, *Un rapport menace le secret médical en prison et l'indépendance des médecins*, in *Le Temps* du 28 juin 1999.

d'autres contextes institutionnels, les relations supposées bilatérales (telles que les relations médecin-patient ou travailleur social-client), fondées sur la confiance et le consentement de l'intéressé, se voient profondément questionnées et les prescriptions juridiques les régissant remises en cause. Par ailleurs, notre société post-industrielle, définie par certains[17] comme une « *société du risque* »[18], élude en partie l'un des objectifs assignés par la loi à l'institution carcérale - la « resocialisation » du contrevenant - pour se concentrer presque exclusivement sur la prévention de sa récidive[19]. Aussi les intervenants sont-ils appelés à recourir davantage à des critères d'évaluation qui ne laissent que peu de place au respect de la confidentialité vis-à-vis des personnes condamnées. Par ailleurs, la consécration d'une véritable culture médiatique et son corollaire, la transparence, pousse les personnels pénitentiaires et leur hiérarchie à s'interroger sur la pertinence d'ouvrir les portes de la prison et de briser le silence carcéral[20]. De façon imagée enfin, l'établissement d'exécution de peines est aussi opaque que transparent. Et s'il est rétorqué au secret qui l'entoure[21] que « *tout se sait en détention* »[22], les antinomies qu'il abrite n'en sont que plus prononcées.

La thématique des secrets et de leur "gestion" en détention ne laisse par conséquent aucun professionnel de l'exécution des sanctions indifférent. Bien au contraire, elle interpelle à titre personnel tous les intervenants[23], suscite entre eux un certain nombre de résistances et alimente parfois leurs différends. A l'occasion des deuxièmes journées pénitentiaires, tenues à Fribourg à l'automne 2000[24], plusieurs participants ont évoqué les difficultés qu'ils rencontrent à concilier les obligations de confidentialité qui leur incombent en vertu de la loi, en particulier le secret médical, avec les réalités du terrain auxquelles ils sont confrontés. Certains d'entre eux exposèrent alors en filigrane leur embarras récurrent dans leurs

---

[17] En particulier BECK (1992) s'agissant notamment des risques environnementaux. Voir notamment ERICSON/HAGGERTY (1997); GARLAND (2003); CHANTRAINE (2004*c*) dans le domaine pénal et pénitentiaire, et plus spécifiquement RAYNOR (2003), pp. 1190-1192 et pp. 1196-1197 relativement à l'évaluation du risque dans le cadre des services de « *probation* » en Angleterre et Pays de Galles.

[18] A l'expression « *société du risque* », CASTEL (2003) substitue celle de « *société assurantielle* ».

[19] VACHERET/DOZOIS/LEMIRE (1998); HANNAH-MOFFAT (1999); HANNAH-MOFFAT/SHAW (2001); ROBERT D. (2001). Pour un exemple révélateur, en Europe, des aspirations de certains pour une politique pénitentiaire résolument tournée vers une gestion des risques, cf. SMITH (1999), dont le message - qui plus est, passé sous les auspices du Conseil de l'Europe (!) - ne peut être plus clair. Selon lui en effet, « *un inventaire qui porte à la fois sur l'évaluation des risques et sur la réponse à ceux-ci n'est plus quelque chose de facultatif pour les établissements pénitentiaires : c'est un besoin essentiel* » (p. 128). Et de lancer pêle-mêle plusieurs éléments relevant de cette doctrine, parmi lesquels la nécessité d'accorder une place prépondérante à la victime dans le processus d'évaluation du condamné.

[20] Il n'est pas anodin à ce propos que la règle 53 de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes incite l'administration pénitentiaire à promouvoir la transparence en ces termes : « *L'administration pénitentiaire doit estimer que l'une de ses tâches majeures est de tenir l'opinion publique constamment informée du rôle joué par le système pénitentiaire et du travail accompli par son personnel, de manière à mieux faire comprendre au public l'importance de leur contribution à la société* ».

[21] Ainsi l'expression, empruntée à l'armée française par GRAVIER/CHEVRY (1993), p. 95, selon laquelle la prison est « *une grande muette* ». Dans le même sens, RICHARD (2003), p. 253 parle du travail du personnel de surveillance qui s'effectue dans le « *secret de l'enfermement* ».

[22] En référence, probablement, au modèle panoptique de BENTHAM.

[23] Cf. par exemple GRAVIER (2003), p. 69 qui questionne sa position éthique de thérapeute à l'égard de son patient-détenu qui présente des signes clairs de « dangerosité » en ces termes : « *Les thérapeutes - tenus au secret (….) - peuvent-ils, ou doivent-ils, rester silencieux alors qu'ils sont saisis par la dangerosité manifeste du patient et qu'ils réalisent que la justice permettra peut-être au patient de sortir de prison une fois sa dette payée (…) Doivent-ils, au contraire, sortir de leur réserve et indiquer aux autorités judiciaires et pénitentiaires la nécessité de prendre des mesures (…) Doivent-ils témoigner de ce qu'ils entrevoient de la dangerosité, rompre le secret médical, mais effectuer ainsi une œuvre de prévention qui peut paraître indispensable ?* ».

[24] Les actes de ces journées sont réunis dans le volume publié par QUELOZ/RIKLIN/SENN/DE SINNER (2002).

tentatives, souvent avortées, d'établir un équilibre entre leur **obligation de se taire**, leur **besoin de savoir** et leur **devoir de restituer** les informations scellées par leur secret, dans le cadre de leurs interventions respectives auprès des personnes incarcérées[25]. S'il n'est donc pas aisé de déceler la place du secret dans la société libre, il est plus complexe encore de la déterminer dans un milieu fermé, au sein duquel les rapports de force sont nombreux, la hiérarchie stricte et l'équilibre entre détenus et intervenants toujours précaire. Pour toutes ces raisons, il nous est apparu intéressant d'exposer les enjeux de la coexistence des secrets en prison et de tenter de trouver des pistes susceptibles de résoudre une partie des problèmes qui en découlent.

De fait, la question initiale de ce travail se décline en deux points et peut être formulée en ces termes :

- Les règles consacrées au secret de fonction, au secret médical et à la protection des données peuvent-elles s'appliquer en détention dans la même mesure qu'en société libre ?

- Quelles peuvent être les limites entre le devoir de se taire et le droit de parler des professionnels de l'exécution des sanctions, astreints à ces obligations de confidentialité ?

Pour y répondre, cette thèse s'articule en trois volets, brièvement exposés ci-après.

1.3 Plan

La première partie porte à la fois sur le secret et la prison, comme objets d'étude distincts. Elle s'attache à définir la notion de secret au travers des différentes acceptions qui lui sont données dans la société libérale occidentale, principalement sous un angle juridique, mais également sociologique. Après un survol historique de la prison, elle s'attarde sur les fonctions attribuées à l'exécution de la peine privative de liberté, avant de présenter le dilemme qui caractérise l'institution carcérale et les principales critiques formulées à son encontre.

La deuxième partie porte sur le milieu particulier dans lequel les obligations de confidentialité sont transposées, à savoir l'institution carcérale. Il s'agit donc ici d'analyser les spécificités du milieu carcéral et les caractéristiques de ses principaux protagonistes, puis d'examiner les contours des secrets auxquels ceux-ci sont tenus au regard des dispositions légales, réglementaires et déontologiques, nationales et parfois supranationales, qui leur sont consacrées. Le secret médical, le secret de fonction et la protection des données personnelles sont dans ce cadre étudiés de manière systématique et corrélée. En droit positif, comme en déontologie, les règles les régissant doivent en effet être observées quel que soit le statut de ses détenteurs et le lieu au sein duquel ils exercent leurs activités. Par une analyse descriptive

[25] D'autres opportunités suivirent, parmi les plus récentes le dernier Congrès Caritas des 16 et 17 septembre 2004 à Zurich, précisément dédié à cette thématique et dont une partie des interventions sont publiées in RIKLIN (2005), ainsi que les 4e journées pénitentiaires, tenues à Fribourg du 7 au 9 novembre 2004, et dont les Actes ont été publiés in DE SINNER/QUELOZ/RIKLIN/SENN/BROSSARD (2005). Il est d'ailleurs révélateur que plusieurs ateliers de ces journées furent le théâtre de débats littéralement passionnés et cette fois clairement transparents (!) sur le secret médical en détention.

de la situation, il est cependant possible de constater que leur respect en prison demeure très aléatoire. Le secret est en effet parfois maintenu alors qu'il devrait être levé ou, inversement, il est dévoilé alors qu'il devrait être tu.

Le secret médical cristallise à lui seul les antagonismes résultant de la rétention des informations qualifiées de confidentielles. Pour mieux en saisir les enjeux, nous nous attarderons sur l'exercice d'une discipline littéralement ciselée par le secret, la médecine pénitentiaire, et les problèmes que pose en milieu carcéral la confidentialité à laquelle est tenu le soignant. En examinant la pratique médicale déployée en milieu institutionnel par rapport à celle exercée en milieu libre, ainsi que les principes sur lesquels repose la médecine pénitentiaire et la manière dont ils sont véritablement mis en oeuvre, il est possible de mettre en exergue les ambiguïtés de cette pratique et la position équivoque du soignant. Plus spécifiquement, cette analyse permet de dégager le rôle joué par le secret dans les luttes de pouvoir et de contre-pouvoir auxquelles se livrent en détention ses principaux détenteurs. Elle permet en outre de constater une inadéquation entre les normes légales et professionnelles consacrées au secret et la façon dont les personnes qui y sont assujetties sont en mesure de les appliquer en prison. Elle conclut enfin que la problématique des secrets "incarcérés" ne dépend pas seulement de la structure institutionnelle privilégiée, mais aussi des hommes qui la façonnent. Il apparaît en effet que les querelles des intervenants autour de leurs obligations respectives de secret résultent non seulement de leurs difficultés à respecter les normes légales y relatives, mais aussi de leurs velléités identitaires. Le secret est alors ici identifié comme marque d'autorité, d'indépendance et de reconnaissance. Dans ces conditions, des mécanismes implicites de partage des informations confidentielles émergent sans référence aucune à la norme. En conséquence, la problématique des secrets en prison revêt un caractère *sui generis* et se révèle susceptible d'être réglementée de façon différente qu'en société libre.

La troisième partie est consacrée à l'élaboration d'un modèle visant à régulariser les échanges entre les intervenants des informations scellées par leurs obligations de confidentialité. Plusieurs instruments mis en œuvre pour tenter de résoudre les complications liées au respect du secret en milieu fermé sont préalablement examinés. S'ils apportent des éléments de réponse intéressants, il apparaît néanmoins qu'ils accusent certaines limites. Dès lors faut-il se tourner vers une redéfinition de certains concepts-clés qui constituent les fondements indispensables à la concrétisation de notre proposition. Le modèle préconisé a précisément pour vocation de répondre aux hésitations des praticiens face à leurs obligations légales de secret. Il s'agit d'un dispositif réglementé de « *gestion du secret en situation professionnelle* »[26], adapté au milieu carcéral. A cet effet, il tient notamment compte du statut et/ou de la qualité des différents intervenants, de leurs droits et de leurs obligations, ainsi que des exigences de leurs missions respectives. Il plaide en faveur d'une approche fonctionnelle du secret, seule susceptible à nos yeux de guider les praticiens dans l'application des règles relatives à leurs obligations de confidentialité. Le secret est considéré dans le contexte particulier au sein duquel oeuvrent ses détenteurs, et son ouverture recommandée dans certaines circonstances spécifiques. Concrètement, notre modèle revêt la forme de propositions normatives favorisant l'ouverture du secret à de strictes conditions. Organisées en triptyque, ces règles consacrent la travail interdisciplinaire, le secret partagé et l'institutionnalisation d'un intervenant externe, neutre et indépendant, investi uniquement des missions ponctuelles d'expertise qui sont encore à l'heure actuelle dévolues aux professionnels traitants. Par une approche prospective, nous déterminons à quel niveau

[26] DURUZ (2001), p. 22.

normatif il convient de concrétiser ces règles et concluons à leur insertion dans une loi fédérale sur l'exécution des sanctions, seul instrument qui puisse à notre sens donner une réponse claire, uniformisée et adéquate à cette problématique.

Comme nous le suggérons en titre, l'objectif de cette étude consiste non seulement à analyser une problématique circonscrite, mais également à fournir un instrument de résolution des conflits qui en résultent. Si nous parvenons à un dispositif normatif d'échange des informations privilégiées entre les professionnels de l'exécution des sanctions, le but ici n'est pas d'affirmer la nécessité d'un cadre légal rigoriste. Nous ne pensons pas que le législateur puisse un jour établir dans un texte précis ce que feu le Docteur PORTES, ancien Président de l'Ordre des Médecins de France, appelait « *un dogme de foi indiscuté, indiscutable et qui déclenchera aussitôt dans la pratique journalière un réflexe déterminé et invariable, soit de discrétion absolue, soit de discrétion relative clairement définie par la loi* »[27]. En effet, les cas-dilemmes auxquels sont confrontés les praticiens sont aussi nombreux que différents et complexes. Les nuances dans leurs relations avec autrui, eu égard en particulier à la confidentialité susceptible de les unir, ne peuvent également toutes être prises en compte et dès lors se voir codifiées. Il faut se garder de tout vouloir régler et ne jamais occulter que l'application des règles repose grandement sur la compréhension qu'en ont ses exécutants, leur bonne volonté et leur souci d'agir au plus juste. Si toutefois il convient de laisser aux praticiens une marge de manœuvre, il importe aussi de leur suggérer un cadre au sein duquel l'exercer. Partant, il s'avère à notre sens difficilement admissible de s'accommoder de l'état actuel de la législation.

1.4 Délimitations et méthodologie

Cette thèse se limite essentiellement au droit suisse de l'exécution proprement dite des sanctions privatives de liberté (*Strafvollzugsrecht*)[28]. L'exécution concrète des peines relevant de la compétence des cantons, les disparités sont très nombreuses. En raison du caractère "éclaté" du droit suisse en la matière, une approche globale de la problématique ne pouvait se justifier. Nous avons par conséquent limité notre étude aux pratiques et législations cantonales de la Suisse romande et du Tessin, lesquelles reposent notamment sur une *Weltanschauung* et une culture socio-juridique sensiblement différentes des cantons alémaniques.

Certains de nos arguments sont toutefois développés à la lumière de plusieurs solutions privilégiées à l'étranger, en particulier en Belgique, en Allemagne et au Canada. Il est question pour la Belgique des dispositions pertinentes consacrées à l'exercice de la médecine en les murs par la nouvelle *Loi de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus*[29]. S'agissant de l'Allemagne, nous évoquons succinctement l'option retenue au paragraphe 182 al. 2, 2e phrase de la *Strafvollzugsgesetz*[30], instituant une obligation pour le médecin de divulguer un secret médical aux responsables pénitentiaires. Pour le reste, nous nous intéressons à l'occasion au modèle canadien d'exécution des sanctions, dans la mesure où il a inspiré le législateur suisse

[27] PORTES (1954), p. 144.
[28] SURBER (1998), pp. 9ss.
[29] Publiée au Moniteur belge le 1er février 2005, n°32 (2005), p. 2815.
[30] Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz ; StVollzG) du 16 mars 1976, entrée en vigueur le 1er janvier 1977 et publiée à la *Bundesgesetzblatt* : BGBl I 1976, 581, 2088 ; BGBl I 1977, 436.

dans le cadre de la révision de notre Code pénal et que de plus en plus de praticiens[31] se réfèrent à certaines de ses institutions[32].

Nous rendons compte par ailleurs de l'esprit qui émane de la révision du Code pénal, s'agissant en particulier du réaménagement du système des sanctions. L'institutionnalisation du plan individuel d'exécution de peine est l'un des concepts que nous approfondissons, car se joue ici l'opportunité de la révélation du secret.

Tel que l'indique son titre, cette thèse traite presque exclusivement de l'exécution des peines privatives de liberté et ne s'attarde pas plus que nécessaire sur l'exécution des mesures, en particulier celles de nature thérapeutique[33]. L'approche les concernant diffère en effet notablement dès lors qu'elles sont assorties d'une obligation de soins ordonnée par le juge et par conséquent assujetties à la surveillance des autorités de santé publique. Le Code pénal révisé admet implicitement ceci en prévoyant notamment une réglementation de l'exécution des mesures moins détaillée que celle prévue pour l'exécution des peines[34]. Par ailleurs, la prise en charge des mineurs délinquants est éludée, tant le régime qui leur est destiné possède ses spécificités propres[35].

L'accent est mis sur l'articulation des obligations de confidentialité qui incombent aux professionnels de l'exécution des peines privatives de liberté. Les secrets auxquels sont astreints les différents intervenants avant jugement[36] sont donc écartés, en raison notamment de la présomption d'innocence et du secret de l'instruction régnant sur toute la phase antérieure au prononcé de la peine. Pour cette raison également, nous ne nous sommes pas attardée sur l'exécution anticipée de la peine[37].

Les différents professionnels de l'exécution des sanctions concernés sont ceux dont les interventions en prison influent directement sur le parcours carcéral du détenu et sur les aspects les plus importants de sa vie en détention. Il s'agit en particulier du personnel de surveillance, du personnel socio-éducatif et du personnel soignant[38]. Partant, notre étude porte presque exclusivement sur la coexistence en prison du secret de fonction et du secret médical. Nous nous attardons aussi sur la protection des données personnelles concernant les détenus,

---

[31] Ainsi notamment les propos tenus par U. GRAF, Directeur du pénitencier de Pöschwies, in : OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (2003), p. 16: « *Si le pouvoir politique nous en donne les moyens, l'exécution des peines et des mesures se rapprochera toujours plus du modèle canadien* ».

[32] Tel est le cas notamment de l'engagement récent, aux Etablissements de la Plaine de l'Orbe (canton de Vaud), de plusieurs « chargés d'évaluation », qui sont les homologues suisses des *agents de libération conditionnelle* (ou *agents de gestion de cas*) canadiens.

[33] Nombre de nos considérations sont toutefois également valables s'agissant de l'exécution des mesures de nature sécuritaire (art. 42 CP) ou qui n'ont de thérapeutique que le nom, et qui sont exécutées dans les mêmes établissements que les peines.

[34] FF 1999 1787, 1918.

[35] D'où également la séparation du droit pénal des adultes de celui des mineurs, avec la nouvelle Loi fédérale régissant spécifiquement la condition pénale de ces derniers.

[36] En détention préventive, typiquement.

[37] Notons que cette possibilité, régie par des normes de procédure cantonale, deviendra du droit fédéral avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. Cf. art. 57 al. 3 nCP, s'agissant de l'exécution anticipée d'une mesure, et art. 75 al. 2 nCP, s'agissant de l'exécution anticipée de la peine.

[38] Le nouvel acteur précité, à savoir le « chargé d'évaluation », est appelé dans certains établissements à jouer un rôle considérable dans le suivi et l'évaluation des détenus. Au carrefour des différentes interventions, il est susceptible en outre de contribuer à leur mise en réseaux. Nous ne nous pencherons toutefois pas sur ce nouveau professionnel, car il est (encore ?) une "spécificité locale" et il s'avère prématuré d'apprécier son travail.

puisque les écrits des intervenants précités contiennent des informations couvertes par le secret et protégées par le droit relatif à la protection des données.

Il est ici question de l'(in)observation de ces obligations de confidentialité uniquement au sein même de l'institution carcérale. Nous ne prenons donc que très marginalement en compte la façon dont les intervenants précités sont ou non en mesure d'observer leur secret dans leurs rapports avec l'extérieur (par exemple, le socio-éducateur de l'établissement dans sa relation avec le service de probation compétent, ou le médecin avec l'autorité judiciaire)[39].

Les développements qui suivent résultent principalement de recherches doctrinales et jurisprudentielles. La problématique des secrets en détention se situe cependant à la frontière des sciences juridique et sociales. L'approche de la prison[40] et du secret[41], par des chercheurs en criminologie, en sociologie et en psychologie notamment, n'a donc pas été négligée.

Dans un même ordre d'idées, ce travail s'articule sur une interface théorie/pratique. Son côté empirique nous a paru indispensable pour confirmer ou infirmer certaines hypothèses et dès lors influencer le modèle proposé. Les pratiques des acteurs ne peuvent en effet être ignorées pour saisir une telle problématique, décrire et analyser les questions qui en découlent et tenter d'énoncer des propositions qui tendent à les résoudre. Les faits réunis sur le terrain favorisent en outre l'assise du niveau théorique sur des cas concrets. De nature qualitative, cette démarche a également permis d'extraire un certain nombre de divergences s'agissant de l'appréhension, par les différents intervenants pénitentiaires, de leurs obligations de confidentialité. Elle démontre en outre combien le fossé qui sépare les normes légales des pratiques est important à de nombreux égards. En cela, elle entend contribuer à une tentative de rationalisation du droit et de son application.

En conséquence, cette thèse repose également sur vingt entretiens semi-directifs menés "sur le terrain" et sur de nombreuses discussions informelles tenues avec plusieurs professionnels de l'exécution des sanctions. Les entrevues, d'une durée de deux heures trente en moyenne, ont été réalisées en l'an 2003 dans plusieurs établissements pénitentiaires de la Suisse romande. Les sites étudiés diffèrent notamment en ce qui concerne leur régime d'exécution et leur niveau de sécurité. Les entretiens ont été conduits auprès de quatre groupes d'intervenants directement investis de l'encadrement des personnes condamnées à une peine privative de liberté et directement intéressés au partage des informations concernant ces dernières, à savoir : le personnel de surveillance, le personnel soignant, le personnel socio-éducatif et le personnel de direction. A l'exception de trois d'entre eux, tous comptaient au moment des entrevues déjà plusieurs années d'expérience en prison. Tous les entretiens ont été enregistrés avec le consentement des intéressés et retranscrits intégralement. Les grilles d'entretien

---

[39] Dans ce domaine aussi les tensions sont vives. Dans sa conclusion au XXXIII[e] Congrès français de criminologie tenu à l'Ille en mai 2001 et portant sur les « *soins pénalement obligés* », Françoise DIGNEFFE (2002), pp. 245s, faisait ainsi remarquer : « *j'ai parfois éprouvé le sentiment d'un surplomb tantôt explicite, tantôt implicite, qui tend à rendre très difficile un véritable dialogue entre les partenaires de la justice et du monde psycho-médical. Ce surplomb touche notamment les questions du secret professionnel, de la confidentialité et de la dénonciation* ».

[40] Entre autres par CLEMMER (1940); GOFFMAN (1968); FOUCAULT (1975); MONTANDON/CRETTAZ (1981); STASTNY/TYRNAUER (1982); LEMIRE (1990); MARCHETTI (1996); COMBESSIE (1996*a*); LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001); VACHERET (2001*b*) et CHANTRAINE (2004*b*). Pour une approche sociologique de la prison, de son univers et des sens donnés à la privation pénale de liberté au travers de la littérature de fiction, cf. BORRICAND (1979); RUGGIERO (2003).

[41] Entre autres par SIMMEL (1906); BOK (1989); PETITAT (1998) et MAUREY (1999).

élaborées pour chaque groupe d'intervenants concernés portaient sur cinq grands thèmes[42], mais laissaient le loisir à la personne interviewée d'en aborder d'autres. Pour des raisons évidentes, nous avons garanti la plus stricte confidentialité aux personnes interrogées. Les données les concernant sont dès lors anonymisées et les prénoms utilisés fictifs et asexués. Le genre masculin est invariablement utilisé, notamment quand il est fait référence uniquement à la profession des sujets.

L'approche juridique privilégiée ne se prête pas à une présentation des résultats propre à celle adoptée par les recherches en sciences sociales. Telle n'est d'ailleurs pas sa vocation. Aussi les propos des intervenants restitués dans ce travail le sont plus souvent à titre illustratif que démonstratif et/ou pour appuyer certains de nos arguments.

Plus subjectivement enfin, nous savons pertinemment que la dissimulation, le non-dit voire le secret, ont aussi traversé nos échanges avec les personnes rencontrées. Il est significatif, par exemple, que la possibilité offerte à nos interlocuteurs d'éteindre le magnétophone quand ils le souhaitaient ait fréquemment été saisie. Certaines anecdotes confiées doivent donc ici être tues, pour ne pas trahir une parole donnée[43]. Il est en outre des informations auxquelles nous n'avons pas eu accès et des situations dans lesquelles, implicitement, des secrets nous ont été opposés, par exemple quand la personne interrogée s'autocensurait. Le rapport à la confidentialité était alors inversé : nous souhaitions en savoir plus, mais sommes restée tributaire de ce que nos interlocuteurs nous ont donné à voir, entendre et observer[44].

1.5 Précisions terminologiques

Dans le cadre de ce travail, un certain nombre de termes, de formules et de notions sont susceptibles de prêter à confusion. Ils doivent par conséquent être d'emblée précisés.

Sous la formule générique « lieux de détention » sont réunies plusieurs réalités. Il peut être question notamment d'un asile psychiatrique, d'un centre de rétention administrative pour requérants d'asile, d'une maison d'éducation au travail destinée aux mineurs délinquants ou d'un établissement affecté à la détention préventive. Nous employons ici indifféremment les termes « établissement (pénitentiaire) », « prison », « institution carcérale » et « lieu de détention » pour désigner l'établissement d'exécution de peines.

Les agents de détention, le personnel socio-éducatif, les différents soignants et les membres de la direction d'un établissement sont ensemble considérés comme les « intervenants (pénitentiaires) ». Tous sont directement et à l'interne[45] impliqués dans la prise en charge

[42] A savoir : L'intervenant dans l'institution et l'exercice de sa profession en son sein / L'intervenant dans sa relation avec les autres intervenants et le détenu / L'intervenant en tant que détenteur du secret / L'intervenant en tant qu'exclu d'un secret / L'intervenant associé à des situations spécifiques de bris ou de maintien du secret.

[43] Il naît de toute manière du rapport de tout chercheur aux données recueillies "sur le terrain" une certaine difficulté à tracer les limites entre ce qu'il peut ou non restituer, dans le respect de la confiance qui lui a été témoignée. A ce propos, cf. BOURDIEU (1993), p. 7.

[44] Sur la position de « *l'enquêteur* », au sens ethnologique du terme, face à son objet d'étude, ses « *informateurs* », ses difficultés à accéder à leur intimité et son devoir de réserve par rapport au matériel recueilli, lire ZEMPLENI (1984); MITCHELL (1993) et LAÉ (2002).

[45] Par opposition aux acteurs qualifiés par SOULAS DE RUSSEL (2003) de « *péripénitentiaires* », c'est-à-dire toute personne « *habilitée à agir (…) auprès des détenus, mais qui ne dépend pas directement de la hiérarchie administrative* » (p. 100). En d'autres termes, qui « *ne relève pas du noyau pénitentiaire proprement dit, mais*

psycho-médico-sociale des personnes condamnées à une peine privative de liberté. Lorsqu'ils ne sont pas nommément désignés, ils peuvent aussi être appelés « personnels (pénitentiaires) », ou « professionnels de l'exécution des sanctions ».

Par « agent public », nous entendons le fonctionnaire ou le membre d'une autorité tels qu'ils sont compris à l'article 110 ch. 4 CP. Nous utilisons ci-après indistinctement les termes « fonctionnaire » et « agent de l'Etat » pour désigner la personne qui accomplit une tâche dévolue à l'Etat.

Par « personnel soignant », il faut entendre les personnes au bénéfice d'une formation médicale ou paramédicale complète, engagées en cette qualité pour exercer au sein d'un ou plusieurs établissements pénitentiaires. Cette désignation rassemble donc les médecins généraliste et spécialistes, tel que le dentiste, ainsi que leur personnel auxiliaire, infirmier et/ou aide-soignant qualifié. Elle englobe également les psychologues et physiothérapeutes, dès lors qu'ils sont rattachés au secteur médical de l'établissement pénitentiaire en tant qu'auxiliaires du médecin responsable de cette unité.

Nous précisons que la problématique du secret médical auquel est tenu le psychiatre présente de nombreuses particularités[46]. Nous ne l'évoquerons que de manière allusive, car il nous a paru trop prétentieux de vouloir l'aborder ici[47]. Les développements consacrés à l'exercice de la médecine en milieu carcéral et aux professionnels de la santé pénitentiaires portent par conséquent presque exclusivement sur l'exercice de la médecine somatique et ses praticiens, en particulier le médecin généraliste. Dès lors, si nombre des réflexions avancées dans ce travail concernent également le personnel infirmier, ce dernier ne fait pas l'objet d'un examen approfondi. D'une part il n'est pas présent dans tous les établissements, d'autre part il mériterait que lui soit consacrée une étude à lui tout seul. L'analyse de ce personnel, et plus précisément ses caractéristiques propres, son rôle d'interface entre le(s) médecin(s) et les intervenants "non-soignants", ainsi que ses missions singulières auprès de la population pénale, dépassent en effet largement le cadre de ce travail.

Les membres du « personnel socio-éducatif » constituent un groupe relativement hétérogène. Nous verrons en particulier qu'ils peuvent émaner de corps professionnels différents. Ils sont néanmoins désignés comme tels lorsqu'ils sont engagés en qualité de « socio-éducateur », rattachés au service social de l'établissement et placés sous la responsabilité de son chef. Notons à ce sujet que chaque établissement désigne à sa guise le service auxquels sont rattachés ses travailleurs sociaux, voire cas échéant également ses psychologues. Ainsi certains recourent à la formule « service socio-éducatif », alors que d'autres le qualifient de « service social » ou de « service sociothérapeutique ». L'une ou l'autre de ces formules sera ici utilisée indistinctement.

Pour une question de commodité et à moins qu'il ne soit nécessaire de les mentionner précisément, nous regroupons les secrets auxquels sont tenus les différents intervenants

---

qui enveloppe celui-ci de l'extérieur », tels que les ministres de culte, les enseignants externes ou encore les visiteurs bénévoles.

[46] MARTIN J.-L. (1990); NIVEAU (1999*a*); GRAVIER (2004) et LAMEYRE (2004) notamment, expriment très justement les raisons pour lesquelles la psychiatrie exercée en les murs est une « *pratique limite* ».

[47] En raison notamment des spécificités propres à l'exercice de cette discipline et des missions particulières qui lui sont réservées. Nous pensons notamment à la prise en charge thérapeutique des condamnés pour lesquels une obligation de soin a été ordonnée.

pénitentiaires sous les formules génériques d'« obligations de confidentialité » ou d'« obligations de secret ».

En revanche, le terme « secret professionnel » se réfère uniquement aux secrets auxquels sont astreintes les personnes mentionnées à l'article 321 CP, en particulier les professionnels de la santé. Le secret médical peut donc aussi être désigné par cette formule.

Par « maître du secret »[48], nous entendons la personne physique dont un ou plusieurs tiers déterminés connaît des faits la concernant et dont elle a la volonté et un intérêt objectif à ce qu'ils soient maintenus confidentiels. Le maître du secret est dit titulaire du droit au secret. Il peut aussi être dénommé « personne intéressée » ou « l'intéressé ». Généralement, c'est la personne qui confie les faits confidentiels. Dans notre étude, il s'agit le plus souvent du détenu.

Par « détenteur du secret »[49] est désignée la personne physique à laquelle sont révélés, en raison de son statut particulier et/ou dans l'exercice de sa profession, des faits secrets intéressant un ou plusieurs tiers. Dans la littérature, principalement celle d'origine française, le détenteur du secret est parfois dénommé « dépositaire » ou « confident nécessaire »[50]. Ces deux notions se réfèrent en particulier au médecin et à l'avocat et présupposent de leur part la discrétion la plus totale sur les informations recueillies dans le cadre de l'exercice de leur profession. C'est là le ciment de la confiance[51] qui les lie à leur patient, respectivement leur client. Nous évitons toutefois cette terminologie, à notre sens trop absolue au regard de la conception du secret retenue en droit suisse.

Enfin, les termes « transmission » et « communication », « révélation » et « divulgation », bien que présentant de subtiles nuances sémantiques, sont sauf indication contraire employés indifféremment dans le cadre de ce travail.

[48] En allemand : « *Geheimnisherr* ».
[49] En allemand : « *Geheimnisträger* ». SIEBEN (1943), p. 10 et REAL (1972), p. 146 retiennent également la notion de « *Geheimnisdiener* ».
[50] Cf. par exemple, HOERNI (1997), p. 49 et p. 52.
[51] Le verbe confier dérive précisément de la locution latine *fides*, qui signifie « confiance ».

PREMIERE PARTIE

AU DETOUR DU SECRET ET DE LA PRISON

1 CONTOURS DU SECRET

1.1 Introduction

Etymologiquement, le terme « secret » vient du participe passé « *secretum* » du verbe latin « *secernere* », qui signifie « *séparer, isoler de, tenir à l'écart* »[52]. Aussi le secret se réfère-t-il aux frontières qui distinguent le dedans du dehors - l'intérieur de l'extérieur[53] -, lesquelles permettent à l'individu de tracer « *des limites dans l'établissement de ses relations sociales* »[54]. La traduction allemande du terme secret, « *Geheimnis* », renvoie précisément à cette image. Elle renferme « *le mot Heim, la maison, le chez-soi, l'intime* »[55], dont on n'ouvre la porte qu'avec d'extrêmes précautions.

Les dictionnaires communs de la langue française ne s'accordent pas sur une définition générale du terme « secret », mais tous admettent qu'il se réfère aux notions de discrétion et de confidence. Le Grand Robert de la langue française, par exemple, reconnaît six sens distincts à l'adjectif « secret » et pas moins de dix définitions différentes au substantif. Nous restituons ici seulement le premier sens qui leur est respectivement donné, en tant qu'il est le plus proche de la notion retenue par la doctrine et la jurisprudence dans son acception matérielle. Il faut par conséquent reconnaître en le secret « *un ensemble de connaissances, d'informations qui doivent être réservées à quelques-uns, que le détenteur ne doit pas révéler* ». Son adjectif quant à lui renvoie à ce « *qui n'est connu que d'un nombre limité de personnes ; qui est ou doit être tenu caché des autres, du public* ».

Au-delà de la diversité des définitions données par les glossaires, il apparaît qu'aucune discipline des sciences sociales et humaines ne s'expose à arrêter définitivement une définition précise de l'objet « secret », nous confortant ainsi dans l'idée que cette notion fluctue en fonction du contexte et du temps dans lesquels elle s'inscrit. De fait, le secret cristallise un ensemble de notions, souvent antinomiques, et qui participent, à un lieu et une époque donnée, à sa meilleure compréhension. Autour du secret se développe ainsi « *la dialogique du délier (des autres) et du relier (entre possesseurs du secret), de l'exclusion et de l'inclusion (intégration), de la fermeture et de l'ouverture, du partageable et du non-partageable* »[56].

[52] Pour plus de précisions sur l'étymologie du terme « secret », cf. PETITAT (1998), pp. 118s.
[53] PETITAT (1997), p. 141.
[54] DURUZ (2001), p. 25.
[55] BOK (1989), p. 7; PUISEUX (1990), p. 15.
[56] BOLLE DE BAL (2000), p. 54.

1.2 La place du secret au sein de la société civile occidentale

1.2.1 D'un point de vue juridique

En droit, le terme secret est équivoque. Aucune règle légale ne donne en effet de définition claire et précise de cette notion. Le secret fait pourtant l'objet d'une protection particulière, tant en droit privé et public, qu'en droit national et international. Il peut notamment être d'Etat, militaire ou professionnel. Il revêt par conséquent des « *formes* »[57] différentes selon le droit qui l'érige. Si les prescriptions légales de toute nature qui postulent une obligation de secret sont nombreuses, toutes se gardent de préciser ses contours exacts. Il revient donc au juriste de recourir le plus souvent à une interprétation téléologique de la disposition qui le contient pour en déceler la portée. De part son caractère "flottant", voire même "obscur", mais aussi en raison des difficultés de construction intellectuelle qu'elle suppose, la notion de secret alimente un débat constant.

A défaut d'une définition précise, nous verrons que la doctrine et la jurisprudence admettent qu'est secret un fait connu d'un nombre délimité de personnes, difficilement accessible et pour lequel il existe un ou plusieurs intérêts déterminé(s) à ce qu'il demeure confidentiel[58].

Le secret est généralement qualifié en fonction de son contenu, c'est-à-dire en fonction des faits qu'il protège. Ainsi en est-il du secret des délibérés, du secret de fabrication et du secret commercial. Il peut l'être aussi eu égard à la qualité et/ou au statut des personnes auxquelles il s'impose. Tel est le cas du secret médical, du secret de fonction, du secret de confession, du secret de l'avocat et du secret bancaire, notamment. Dire d'un fait qu'il est secret uniquement en raison de sa nature nous paraît dès lors inapproprié. Ce postulat revient en particulier à ignorer les caractéristiques de son détenteur et le contexte dans lequel il peut être recueilli.

Imposé à une personne qui revêt une qualité particulière, le secret est pour elle à la fois « *une obligation de se taire et un droit au silence* »[59]. Pour autant, comme l'obligation et le droit sont censés se servir mutuellement, ils sont « *réciproques* ». En d'autres termes, la personne qui y est astreinte « *n'a le droit au silence que dans le dessein de servir son devoir de se taire* »[60]. Le secret n'est par conséquent jamais érigé dans le but de protéger son détenteur. Il n'est pas sa prérogative, mais le privilège de son maître. Nous aimons à rappeler ici que le secret est « *un savoir caché à autrui* » et qu'« *il se caractérise par deux éléments : c'est un savoir partagé et un savoir protégé* »[61]. Partagé, car il réunit un émetteur et un récepteur de la communication dont il est l'objet. Protégé, car sa violation, si elle ne peut être justifiée, entraîne pour son détenteur une sanction.

Par ailleurs, bien que le secret présuppose souvent l'existence d'une confidence, il peut aussi résulter de simples constatations ou de perspicaces déductions ; plus généralement d'« *observations objectives et subjectives* »[62], réalisées dans le cadre de l'activité de son détenteur. En outre, il est admis que le secret puisse porter sur des faits erronés.

---

[57] AYER (2001), p. 5.
[58] Cf. *infra*, partie II, pt. 2.2.2.2 et pt. 2.3.2.2.
[59] DUFOUR A. (2002), p. 476. MARCELLI (2000), p. 2 rend toutefois son dû à César: la formule revient en effet à Jean-Louis BAUDOUIN (1965), p. 17.
[60] DUFOUR A. (2002), p. 476.
[61] ROSENCZVEIG/VERDIER (1999), p. 14.
[62] GOUMAZ (2002), p. 473.

Enfin, le secret repose sur plusieurs fondements juridiques. En droit privé, il peut notamment découler de la protection des droits de la personnalité, d'un devoir contractuel de discrétion ou de la protection des données. En droit public, il peut résulter par exemple du droit pénal, lorsque sa violation est érigée en infraction, et de celle consacrée à la fonction publique.

S'agissant des deux secrets qui nous occuperont principalement dans ce travail, à savoir le secret de fonction et le secret médical, on constate que tous deux font l'objet de tempéraments toujours plus importants.

Le secret de fonction, tout d'abord, voit ses contours redéfinis à la lumière d'une future Loi fédérale sur la transparence (LTrans) et des lois cantonales sur l'information. Cette nouvelle législation octroie à toute personne un droit subjectif d'accès aux documents officiels des autorités, portant un sérieux revers à un secret conçu principalement en faveur de l'administration[63]. On assiste alors à un renversement de paradigme : de l'absolutisme du secret, l'autorité publique glisse vers une culture d'ouverture[64]. Les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de cette loi soulignent cependant le caractère ambigu du passage du principe traditionnel du secret sous réserve de la transparence, à celui de la transparence sous réserve du secret[65]. Dans un même ordre d'idées, l'élaboration de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)[66] n'a pas été sans susciter quelques controverses dans le cadre de la procédure de consultation. Il n'en demeure pas moins - et cela est significatif au regard des deux pôles, apparemment opposés, que ces législations mettent en exergue - que la solution préconisée dans ces deux domaines consiste à réunir leur préposé en une seule et unique autorité[67].

Le secret médical a quant à lui, au fil du temps, éprouvé une quasi métamorphose. Celle-ci résulte notamment du développement des pratiques médicales et de la technicité des prises en charge, mais également de la rationalisation des coûts de la santé et de la pandémie de certaines maladies ; hier la variole et le typhus, aujourd'hui le sida notamment[68]. Le médecin se voit dès lors de plus en plus sollicité pour communiquer à des destinataires toujours plus nombreux des informations précisément couvertes par son secret professionnel.

En tout état de cause, ces mutations entraînent les uns à se questionner sur « *les menaces* »[69] qui pèsent aujourd'hui sur le secret[70], et les autres à chercher les moyens susceptibles de les contourner.

---

[63] Loi fédérale sur le principe de la transparence de l'administration (loi sur la transparence, LTrans) du 17 décembre 2004 ; FF 2004 6807.
[64] COTTIER (2002), p. 92.
[65] Cf. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Pour une administration publique plus transparente. Projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration et rapport explicatif*, Berne, avril 2000 et, du même auteur, la *synthèse des résultats de la procédure de consultation relative à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (loi sur la transparence, LTrans)*, Berne, mars 2001.
[66] Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD ; RS 235.1). Voir également l'Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993 (OLPD ; RS 235.11).
[67] Sur ce point, voir *infra*, partie II, pt. 2.4.7.
[68] Sur cette évolution, lire GUILLOD O. (1996), pp. 49s. Pour une approche socio-historique du secret médical et des ajustements qui lui ont été portés en plus d'un siècle, notamment en regard de la législation suisse sur les épidémies, se référer à l'article très complet de MANAÏ (2004*a*).
[69] Ainsi l'intitulé de la *Folia Bioethica* de MÜLLER/ BALAVOINE (1991). Cf. également LOIRET (1988), p. 238; LAVEISSIERE (1992), p. 205; HOERNI/BENEZECH (1996), pp. 61ss; HOERNI (2000), p. 80; MAURON (2003), p. 360.
[70] Lire à ce propos l'excellente synthèse de PETERMANN (2004), pp. 13-21.

1.2.2 D'un point de vue sociologique

Le secret peut être appréhendé par d'autres disciplines que la science juridique. Il est ainsi un objet d'étude privilégié des sciences psychiatrique, psychanalytique, psychologique, politique, de l'anthropologie et de la linguistique, de la philosophie et de la sociologie[71].

Toute société oscille par définition constamment entre la transparence et l'opacité. Dans les sociétés contemporaines, occidentales et libérales, « *l'idéologie du secret (…) renvoie à la séparation entre ce qui est public et ce qui est privé ; entre l'Etat et la société civile* »[72]. On assiste alors à « *deux mouvements antagonistes. D'un côté, les instruments étatiques d'observation et de régulation de plus en plus sophistiqués cherchent à percer le secret de la vie privée des individus et des familles (…), de l'autre côté, la vie privée et les moeurs, déjouant toutes tentatives de classification, évoluent vers un secret de plus en plus profond* »[73]. Les exemples qui attestent de cette dualité sont nombreux[74]. La gestion nationale et internationale de la sécurité est l'un des domaines qui en comptent le plus[75]. Au nom de la lutte contre le terrorisme notamment, nous tolérons des ingérences de plus en plus graves dans notre vie privée. Si un nombre important d'instruments nationaux et internationaux renforce la protection de la sphère privée[76], ses remparts s'érodent devant le besoin accru de protection publique et le cortège de moyens intrusifs qu'elle suppose. Par ailleurs, nous n'avons jamais été aussi ancrés dans l'espace public qu'à cette heure des nouvelles technologies, lesquelles concurremment multiplient les atteintes à notre sphère privée. Dès lors, le privé sans conteste se publicise. Paradoxalement, l'inverse est aussi vrai : le public se privatise. Force est de constater en effet que l'Etat délègue de plus en plus de ses tâches au privé ; il s'y essaie à tout le moins. Ainsi assistons-nous par exemple à une multiplication de partenaires de sécurité privés, aux côtés des services policiers "traditionnels", ou encore à des tentatives, parfois concrétisées, de privatisation de la prison[77].

Par delà ces illustrations concrètes, puisées dans notre quotidien, il est aisé de constater combien tout un chacun, individuellement, tente de donner un sens à ces représentations présupposées antinomiques. Aussi faisons-nous régulièrement usage de la notion de transparence pour avancer le besoin de clarté, de véracité et d'authenticité. A l'inverse, nous pensons le secret comme « *nécessaire* »[78] pour nous protéger des intrusions et renforcer la protection de notre intimité.

---

[71] PETITAT (2000*a*), pp. 7-10.
[72] SIGUIER (1992), p. 137. Dans le même sens, cf. GLEIZAL (1981), pp. 61s.
[73] LE BRAS (1984), p. 191.
[74] Voir notamment VOYÉ (2000). A partir de l'"affaire Dutroux", l'auteur décortique les combinaisons unissant la transparence et le secret échafaudées par nos démocraties et leurs institutions (administratives et judiciaires, notamment), parfois - souvent ? - au détriment des administrés, respectivement des justiciables. HUET (1988) analyse quant à lui les tensions entre secret des affaires et transparence de la vie commerciale.
[75] En ce sens également, voir BONELLO (1998), p. 124.
[76] Cf. par exemple l'art. 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101) et l'art. 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II ; RS 0.103.2).
[77] Situation dénoncée notamment par NORMANDEAU (1987); LAPPI-SEPPÄLÄ (1998); WACQUANT (1999) et CHRISTIE (2003). Sur les *programmes 13'000*, puis *4000* qui instaurent une gestion dite « mixte » - privée et public - du parc pénitentiaire français, lire notamment GANOUX (1996), pp. 101s; DE CONINCK (1997); LAZERGES (1998); COMBESSIE (2001), pp. 257-259; COUVRAT (2001); DARBÉDA (2003); CASORLA (1998 ; 2004) et AKRICH/CALLON (2004) dont les opinions divergent notablement.
[78] Tel est l'intitulé de l'ouvrage de DAMIEN (1989).

Des auteurs issus de toutes disciplines des sciences humaines[79] restituent au cœur de nos relations avec autrui les ambivalences du « dire », du « taire » et du « communiquer », qui verbalisent le secret et ses différentes « *figures* », tels que le non-dit, l'illusion, la confidence ou encore la connivence[80], et traduisent la dualité de l'être et du paraître. Transcendant l'antagonisme entre la transparence et l'opacité, qui rend ces notions si indécises, ils tendent sous une forme plus ou moins elliptique à percer le mystère du secret, ses contours et ses finalités dans nos (inter)dépendances à l'autre[81].

Plus généralement, les rapports entre le secret (*plutôt* privé) et la transparence (*plutôt* publique) traversent tous les aspects de la vie en société[82]. Le visible et l'invisible occasionnellement convolent et parfois se déchirent. Ils se côtoient en tous les cas toujours, au gré du temps, au fil de l'évolution de la communauté des hommes, elle-même faite d'ombres et de lumières. Transposé à la société carcérale, ce constat se révèle d'autant plus frappant.

1.3 Les fondements théoriques du secret en droit

Le secret revêt en droit de multiples facettes, auxquelles ce chapitre se destine. Pour mieux tracer ses frontières juridiques, nous aborderons dans un premier temps les sources sur lesquelles repose le secret et examinerons quelles sont les différentes expressions de la nature de cette institution. Nous analyserons ensuite ses titularités potentielles, quantitatives notamment, et tracerons ses limites inférieures.

1.3.1 Les principales sources du secret

S'agissant des sources, ce n'est pas tant le secret lui-même que le droit au secret, et en particulier le droit au secret de la vie privée, dont il est l'essence même[83], qui présente un intérêt.
Le droit au secret découle de plusieurs sources juridiques distinctes, que nous présenterons ici en cascade, dans le respect de la hiérarchie des normes du système juridique suisse. A l'issue de ce tour d'horizon, il est également apparu opportun d'exposer brièvement les origines déontologiques de certains secrets.

---

[79] Cf. par exemple, LE CHEVALIER (1960); GOFFMAN (1973); BOUTANG (1988); BOK (1989); SIMMEL (rééd. 1991); PETITAT (1997 ; 1998 ; 2000*b*); BONELLO (1998); MAUREY (1999).
[80] PETITAT (1996), p. 23.
[81] « *Si la socialisation humaine est déterminée par la capacité de parler* », dit SIMMEL (rééd. 1991), p. 111, « *elle est modelée par la capacité de se taire* ». SIMMEL nous livre ici une analyse sociologique très fine sur le secret, son rôle et sa signification dans nos rapports à l'autre et, plus généralement, son ancrage dans la vie sociale.
[82] Sur les diverses manifestations du secret dans la société civile, en particulier son influence dans l'action administrative et judiciaire, cf. GLEIZAL (1981).
[83] EL SHAW (1950), p. 174. Bien entendu, cela ne signifie pas pour autant, comme l'illustre DEMEULENAERE (2002), p. 202 que la vie privée implique forcément le secret et, inversément, que le secret implique nécessairement la vie privée. Mais le secret constitue ici un rempart. Pour KOERING-JOULIN (1986), p. 722, il est en effet « *un mur protecteur* » *contre* les intrusions et *pour* le plein exercice de « *cette liberté d'existence* ». Sur les rapports secret - vie privé, cf. également BOK (1989), pp. 10-14.

1.3.1.1 La notion de secret au niveau constitutionnel

Le droit au secret bénéficie d'une garantie constitutionnelle. La protection ici conférée au secret est étroitement liée à celle du droit fondamental au respect de la vie privée, dont tout individu doit pouvoir jouir pleinement. Aussi un certain nombre de textes de niveau constitutionnel renforcent-ils le domaine secret de la personne physique contre toute atteinte étatique susceptible de lui être portée.

Cette protection émane tout d'abord de la Déclaration universelle des droits de l'Homme[84], laquelle postule à son article 12 le droit de toute personnes physique au secret de sa vie privée, de sa famille, de son domicile et de sa correspondance.

En des termes similaires, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[85] prévoit à son article 17 la protection de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, contre toutes « *immixtions arbitraires ou illégales* ».

Le secret de la vie privée fait aussi l'objet d'une attention particulière dans la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH)[86], par le biais de son article 8[87]. Cette disposition garantit à toute personne physique « *le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » contre toute ingérence étatique indue. Elle peut toutefois aussi bien se référer à une intervention active qu'à une « *inaction* » de l'Etat[88]. Dès lors, tel que le relève la Cour, si l'article 8 CEDH a essentiellement pour objectif « *de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences* », mais peut aussi lui imposer « *des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée et familiale, [lesquelles] peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* ». Dans ces conditions, l'Etat peut « *également être tenu pour responsable d'ingérences indues dans la sphère privée, même si celles-ci proviennent de particuliers, lorsque ces ingérences sont autorisées par une législation ou tolérées par les pouvoirs publics* »[89]. En résumé, non seulement il incombe à l'Etat des obligations positives pour assurer le respect des droits garantis, mais en sus, ces obligations impliquent qu'il adopte les mesures propres à déjouer les atteintes de personnes privées à l'encontre desdits droits[90]. Plus généralement, on peut dire de l'article 8 CEDH qu'il vise le respect de la dignité humaine, dans toutes ses composantes. La vie privée en particulier est un concept protéiforme, qui recouvre tous les aspects de l'existence d'un individu, qu'ils soient notamment d'ordre social, politique, sexuel[91], ou encore médical[92].

---

[84] Adoptée à Paris par l´Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948.
[85] Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II ; RS 0.103.2).
[86] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101).
[87] Sur l'art. 8 CEDH, cf. notamment MALINVERNI (1984*b*); BREITENMOSER (1986); KOERING-JOULIN (1986); RUSSO in PETTITI/DECAUX/IMBERT (1999), ad. art. 8 par. 1 CEDH, pp. 305-321 ainsi que, dans le même volume, COUSSIRAT-COUSTERE, ad. art. 8 par. 2 CEDH, pp. 323-351 et arrêts de la Cour cités.
[88] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *vol. II* (2000), p. 157, n°311. Cf. également WILDHABER (1992), pp. 98s.
[89] Arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A, n° 91; RABILLER (2002), pp. 79s.
[90] Pour de plus amples développements en la matière et des exemples d'application, cf. KAYSER (1990), pp. 37ss.
[91] MALINVERNI (1984*b*), p. 2.
[92] Ainsi par exemple la protection des données médicales personnelles « *n'apparaît pas d'emblée comme un droit spécifique : elle est incluse, « couverte » par le droit au respect de la vie privée* », avant d'être « *peu à peu*

Des restrictions peuvent cependant limiter l'exercice du droit au respect de la sphère privée, pour autant qu'elles respectent rigoureusement les conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 8 CEDH, qui sont celles permettant de porter atteinte à tout droit fondamental. L'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice de ce droit doit en particulier reposer sur une *base légale*[93] claire, *prévisible* dans sa mise en oeuvre et *accessible* à tout intéressé[94]. Elle doit en outre être motivée par un *but légitime*. La CEDH décline un nombre limité de buts qualifiés comme tels, par exemple la sécurité nationale, la protection de la santé, la prévention des infractions pénales et la sauvegarde de l'ordre public[95]. L'ingérence doit enfin consister en une mesure *nécessaire* aux objectifs poursuivis par toute *société démocratique*, c'est-à-dire répondre à un *besoin social impérieux* ; en d'autres termes satisfaire à l'un des intérêts énumérés ci-dessus[96]. La condition de la nécessité renvoie au principe de la *proportionnalité*. L'atteinte portée au droit au respect de la vie privée doit donc également être proportionnée, en ce sens qu'elle est l'unique moyen, et le moyen le moins restrictif apte à atteindre le but visé[97].

L'article 10 CEDH traite également du secret, mais sous un autre éclairage. Au sens du paragraphe 2 *in fine* de cette disposition, l'exercice de la liberté d'expression, qui comprend aussi bien la liberté d'opinion que celle de recevoir et de communiquer des informations, peut en effet être restreint « *pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles* ». Alors que l'article 8 CEDH érige le respect du secret en droit fondamental, le secret compris à l'article 10 fait en quelque sorte obstacle à une liberté fondamentale. Aussi les règles nationales régissant le secret doivent-elles « *concilier les objectifs sociaux sous-jacents, au service desquels se trouvent les valeurs que reflètent ces deux articles* »[98], à savoir d'une part la liberté de presse et la libre circulation des informations et, d'autre part, la protection de la sphère privée et de la dignité de tout être humain, qui sont autant de conditions essentielles au maintien « *d'une société libre, transparente, pluraliste et démocratique* »[99]. L'article 10 CEDH est fréquemment invoqué à l'appui de l'article 8 CEDH[100], notamment par les personnes incarcérées qui se plaignent que leur correspondance soit contrôlée, voire, cas échéant, censurée[101].

« *Complément indispensable à la Convention européenne des droits de l'homme (…) car elle en concrétise les articles 8 et 10 dans le domaine du traitement automatisé des données à*

(…) affirmée en tant que telle ». Cf. MANAÏ (2004*a*), p. 100. Dans le même sens, bien qu'en filigrane, TAG (2004), pp. 5s.

[93] Aux termes de la Convention, l'ingérence doit être « *prévue par la loi* ». La notion même de loi n'est cependant pas explicitée. Avec COUSSIRAT-COUSTERE in PETTITI/DECAUX/IMBERT (1999), ad. art. 8 par. 2 CEDH, p. 334, il faut ici entendre la loi au sens *matériel*.

[94] Cf. par exemple l'Arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979, série A, n° 30, par. 49.

[95] Pour d'autres exemples de « *buts légitimes* », cf. COUSSIRAT-COUSTERE in PETTITI/DECAUX/IMBERT (1999), ad. art. 8 par. 2 CEDH, pp. 336s.

[96] COUSSIRAT-COUSTERE in PETTITI/DECAUX/IMBERT (1999), ad. art. 8 par. 2 CEDH, pp. 337-339.

[97] Pour un exemple d'analyse de ces conditions par la Cour européenne des droits de l'homme, dans le cadre de l'examen de la légalité de mesures imposant à des médecins une obligation de témoigner, voir l'arrêt *Z. c. Finlande* du 25 février 1997, Rec. 1997-I, rapporté par DOURAKI (1999), pp. 28s et STAUFFER/PERRENOUD (2003), p. 4.

[98] SIEGHART (1988), p. 118. On retrouve également cette formule chez DOURAKI (1999), p. 25.

[99] SIEGHART (1988), pp. 118s.

[100] Pour un aperçu de la jurisprudence de la *Commission* européenne des droits de l'homme sur l'articulation des art. 8 et 10 CEDH, cf. GERMER (1988), en particulier pp. 63-72.

[101] Cf. par exemple l'ATF 118 Ia 64.

caractère personnel »[102], la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel[103] est entrée en vigueur pour la Suisse le 1er février 1998. Bien que non directement applicable, elle « *fixe des engagements internationaux aussi bien à l'égard de la Confédération que des cantons* »[104]. Conformément à l'article 3 par. 2 lit. c de la Convention, la Confédération suisse s'est engagée à l'étendre aux données personnelles concernant des personnes morales et aux fichiers de données personnelles ne faisant pas l'objet d'un traitement automatisé[105]. Aux termes de l'article premier, la Convention a pour but de garantir à chaque individu sur le territoire des Etats parties la protection de ses libertés et droits fondamentaux dans le cadre du traitement automatisé des données personnelles le concernant. En particulier, les données personnelles révélant l'origine raciale, les opinions politiques et les convictions religieuses, celles relatives à la santé ou à la vie sexuelle et celles concernant des condamnations pénales, relèvent du domaine secret de la personne concernée. Elles ne peuvent dans la règle être traitées automatiquement, à moins que le droit interne ne prévoie de garanties appropriées[106]. Le Protocole additionnel à cette Convention a été signé par la Suisse le 17 octobre 2002[107]. Seules quatre ratifications ont cependant été réunies depuis son ouverture à la signature le 8 novembre 2001, alors que cinq sont nécessaires pour qu'il entre en vigueur[108]. Joint au projet de révision de la Loi fédérale sur la protection des données, le projet d'Arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au dit Protocole a été soumis à l'approbation du Parlement par le Conseil fédéral dans son Message du 19 février 2003. Cette révision vise notamment à transposer les principes du Protocole dans le droit suisse[109].

Conçue également sous les auspices du Conseil de l'Europe, la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine[110] devrait prochainement entrer en vigueur pour la

---

[102] CONSEIL FÉDÉRAL, *Message concernant l'adhésion à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* du 13 novembre 1996 ; FF 1997 I 701.

[103] Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, conclue à Strasbourg le 28 janvier 1981, signée et ratifiée par la Suisse le 2 octobre 1997 (RS 0.235.1) ; Série des traités européens (STE) n°108.

[104] Cf. par. 9 de la Décision de la Commission européenne du 26 juillet 2000 relative à la constatation, conformément à la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du caractère adéquat de la protection des données à caractère personnel en Suisse. Cette décision est publiée au Journal officiel des Communautés européennes n° L 215/1 du 25 août 2000. Voir DE LAMBERTERIE ISABELLE (1996) pour d'amples développements sur la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, publiée au Journal officiel des Communautés européennes n° L 281/31 du 23 novembre 1995.

[105] Déclaration consignée dans l'instrument de ratification déposé le 2 octobre 1997.

[106] Art. 6 de ladite Convention.

[107] Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontaliers de données (STE n° 179).

[108] Pour un état des signatures et ratifications y relatives, voir le site du bureau des traités du Conseil de l'Europe sous : http://conventions.coe.int/.

[109] Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données* du 19 février 2003 ; FF 2003 1915, 1916.

[110] Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997 (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, STE n°164), signée par la Suisse le 7 mai 1999. Pour de plus amples développements sur cette Convention, cf. notamment BERTRAND/UMMEL/HARDING (2003), pp. 56s.

Suisse[111]. Elaborée « *sous la forme d'une convention-cadre, elle se limite à l'énoncé des principes généraux* »[112]. Ces derniers concernent notamment le consentement des personnes qui doit être recueilli avant toute intervention médicale et le prélèvement d'organes sur des personnes vivantes à des fins de transplantation. L'article 10 par. 1er de ce texte mentionne expressément le droit pour toute personne au respect de sa vie privée « *s'agissant des informations relatives à sa santé* » dans le domaine de la biomédecine. Selon le Message du Conseil fédéral, cette disposition fait partie de celles qui « *forme[nt] le « noyau dur » de la convention* », aussi est-elle « *directement applicable* »[113].

Quant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[114], proclamée et signée à Nice le 7 décembre 2000, elle consacre aussi en son article 7 le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. Dans la foulée, l'article 8 érige *sui generis* le droit de toute personne à la protection des données à caractère personnel la concernant.

S'agissant du secret professionnel, il est incontestablement un aspect qui contribue à la protection de la vie privée. Rares sont cependant les instruments supranationaux relatifs aux droits de l'homme qui le garantissent expressément. Tout au plus pouvons-nous souligner le droit du prévenu de communiquer librement avec son défenseur et, par conséquent, la confidentialité implicitement reconnue à leurs échanges[115].

Au sommet de la hiérarchie des normes nationales, la Constitution de la Confédération suisse (Cst.)[116] réserve au secret une place de choix. Conformément aux textes précités, l'article 13 Cst. inscrit la protection de la sphère privée au cœur du catalogue des droits fondamentaux. L'alinéa 1er prescrit le droit de tout individu « *au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications* »[117]. L'alinéa 2 affirme en outre le droit de toute personne « *d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent* ». Cette formulation n'est pas aussi restrictive qu'elle le laisse supposer. Elle se lit à la lumière du premier alinéa et vise « *la protection de la sphère privée dès lors que des données personnelles sont traitées* »[118]. Toute entité étatique n'est dès lors autorisée à traiter des données nominatives que « *si cette activité s'avère nécessaire, finalitaire et mesurée* »[119]. Il s'agit du « *droit à l'autodétermination*

[111] En tant que les délibérations parlementaires à son sujet devaient reprendre une fois la Loi sur la transplantation adoptée. La Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation) a justement été adoptée le 8 octobre 2004 : FF 2004 5115. Cf. également le Message du Conseil fédéral y relatif du 12 septembre 2001 in : FF 2002 19. Selon l'Office fédéral de la santé publique, la loi et ses ordonnances d'exécution devraient entrer en vigueur le 1er janvier 2007.

[112] Rapport au Conseil des Etats de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du 24 avril 2002.

[113] CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à la Convention européenne du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine) et au Protocole additionnel du 12 janvier 1998 portant interdiction du clonage d'êtres humains*, du 12 septembre 2001 ; FF 2002 271, 285.

[114] Publiée au Journal officiel des Communautés européennes n° C 364/01 du 18 décembre 2000.

[115] En tant que corollaire du droit à un procès équitable. Cf. Art. 14 ch. 3 lit. b Pacte ONU II et art. 6 par. 3 lit. c CEDH. En ce sens également, cf. GROSS (2003), p. 8.

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

[117] Sur ces biens juridiquement protégés, lire MAHON in AUBERT/MAHON (2003), pp. 124-129, n°s 5-14.

[118] AYER (2003), p. 54.

[119] CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale* du 20 novembre 1996 ; FF 1997 I 155.

informationnelle », c'est-à-dire du droit de chaque particulier à « *pouvoir décider lui-même à qui et quand il veut dévoiler ses données personnelles* »[120].

Des restrictions au droit fondamental prévu à l'article 13 sont admissibles aux conditions énumérées à l'article 36 Cst. Celles-ci concernent la base légale, l'intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui et le principe de proportionnalité. L'essence même du droit fondamental considéré ne saurait par ailleurs être touchée[121].

1.3.1.2 La notion de secret au niveau légal et réglementaire

Une foison de lois, tant fédérales que cantonales, protège expressément différents secrets. Un certain nombre de textes d'exécution, sans s'adresser directement aux justiciables, imposent en outre des obligations de secret aux personnes investies de leur application.

S'agissant de la **législation fédérale**, nous nous limiterons à dresser un panorama des secrets protégés les plus communs.

En droit pénal tout d'abord, la protection du secret rédactionnel est assurée à l'article 27bis du Code[122]. Plus d'une dizaine de dispositions du CP sanctionnent en outre la violation d'un secret qualifié. L'article 162 CP érige en infraction la violation du secret de fabrication et du secret commercial, tous deux étant également protégés à l'article 273 CP, lequel porte sur le service de renseignements économiques. Le titre troisième du livre deuxième du Code pénal traite notamment des infractions contre le domaine secret ou privé (articles 179 à 179^{novies}). L'article 267 CP se réfère au secret diplomatique, et l'on trouve à l'article 283 CP la violation du secret du vote. Celui-ci est garanti à l'article 5 al. 7 de la Loi fédérale sur les droits politiques[123], laquelle décline les mesures destinées à le sauvegarder, notamment en cas de vote électronique ou de relevés statistiques[124]. La publication sans droit des débats officiels secrets est sanctionnée à l'article 293 CP et les articles 320 à 321ter CP[125] protègent les secrets auxquels sont astreintes les personnes qui revêtent une qualité particulière[126]. Enfin, la violation des secrets militaires est érigée en infraction à l'article 329 CP.

Le Code pénal militaire (CPM)[127], justement, érige en infraction la violation du secret de service en son article 77. La trahison par la violation de secrets intéressant la défense

---

[120] Sur ce point, cf. LEGLER (1997), p. 60; SCHWEIZER in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (2002), p. 204, n°38 et MÜLLER/LOOSER (2002), p. 73 et p. 76. Voir aussi l'ATF 120 II 118, 121.

[121] MAHON in AUBERT/MAHON (2003), pp. 319-331, n°^{s}1-19; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *vol. II* (2000), pp. 87-121, n°^{s}176-240 et SCHWEIZER in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (2002), pp. 490-501, n°^{s}1-30.

[122] Pour de plus amples développements sur le secret rédactionnel, voir notamment SIMONET (2000); WERLY (2004).

[123] Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (RS 161.1).

[124] Cf. en particulier les art. 7 al. 4, 8 al. 1er, 8*a* al. 2 et 87 al. 3 de ladite loi.

[125] En lien avec l'art. 321ter CP, voir également la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 6 octobre 2000 (LSCP ; RS 780.1).

[126] Une série de lois fédérales réservent en outre expressément le secret professionnel. Voir par exemple pour les avocats, les notaires, les médecins, les ecclésiastiques et leurs auxiliaires, l'art. 170 al. 3 CC relatif au devoir de renseigner entre époux et, pour les avocats et les notaires, l'art. 9 de la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0) portant sur l'obligation de communiquer de l'intermédiaire financier.

[127] Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM; RS 321.0).

nationale est prévue à l'article 86 CPM, tandis que l'article 106 CPM concerne la violation des secrets militaires.

Le Code civil (CC)[128] protège en son article 28 le secret de la sphère privée ou intime[129]. L'article 268*b* CC garantit aux parents adoptifs le secret de leur identité à l'égard des parents naturels de l'enfant (secret de l'adoption), alors que l'article 268*c* CC prévoit le droit d'accès de l'enfant adopté aux données de ses parents biologiques.

L'article 321*a* al. 4 du Code des obligations (CO)[130] impose au travailleur un devoir de fidélité, notamment celui de garder secret les faits confidentiels dont il a pris connaissance au service de son employeur. Sans le définir exactement, plusieurs dispositions du CO prévoient en outre le secret des affaires[131].

La législation accessoire reprend pour elle certains des secrets commandés par les lois dites générales. Si elles n'émettent pas de réserve par un renvoi à la législation principale, ces lois spéciales dérogent aux lois générales, ainsi que le dicte le principe. Aussi l'article 35 LPD sanctionne la violation du devoir de discrétion par les personnes privées et les organes fédéraux[132] appelés à traiter les données concernant des personnes physiques et morales définies à l'article 3 lit. a, c et d de ladite loi. Des dérogations à l'article 35 LPD sont possibles si elles remplissent les conditions fixées par l'article 19 LPD s'agissant des données traitées par un organe fédéral, respectivement celles établies par l'article 13 LPD, pour ce qui est des données communiquées par une personne privée. Les collaborateurs des autorités de l'état civil sont également astreints au secret, tel que le précise notamment l'article 44 de l'Ordonnance sur l'état civil[133]. Sont assujettis au secret de fonction les membres des autorités en matière de concurrence[134], ainsi que les membres du Conseil de fondation et le personnel du Secrétariat de la Fondation Pro Helvetia[135]. Le secret de fonction des fonctionnaires et des employés fédéraux est rappelé dans la Loi fédérale sur l'alcool, laquelle oblige aussi toutes les autres personnes chargées de son exécution[136], ainsi que dans la Loi sur le travail à domicile[137]. De même, sont tenus au secret entendu au sens des articles 320 à 321bis CP, le personnel de l'autorité protectrice compétente et celui de l'institution de traitement ou d'assistance agréée auquel les services administratifs, les médecins et les pharmaciens adressent des avis d'abus de stupéfiants en vertu de l'article 15 al. 1er de la Loi fédérale sur les

[128] Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).
[129] Et le Conseil fédéral de répéter dans son *Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD)* du 23 mars 1988 ; FF 1988 II 421, 426, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral : la « *sphère intime* » (*Intimsphäre*) ou « *sphère secrète* » (*Geheimsphäre*) réunit « *tous les faits et les événements de la vie dont seule a connaissance la personne concernée ou des personnes jouissant de sa confiance* ». La « *sphère privée* » (*Privatsphäre*) comprend « *les autres faits de la vie privée qui ne doivent pas être portés à la connaissance d'un large public* ». Sur la théorie des trois sphères, cf. *infra*, partie I, pt. 1.3.2.1.
[130] Loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième: Droit des obligations, CO ; RS 220).
[131] Pour de plus amples développements sur la notion de secret des affaires et les bases légales y relatives, cf. CHAPPUIS (2004).
[132] Art. 2 LPD.
[133] Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (OEC ; RS 211.112.2).
[134] Art. 25 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251).
[135] Art. 13 du Règlement de la fondation Pro Helvetia du 24 janvier 2002 (RS 447.11).
[136] Art. 75 de La loi fédérale sur l'alcool du 21 juin 1932 (RS 680).
[137] Art. 19 de La loi fédérale sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (Loi sur le travail à domicile, LTrD ; RS 822.31).

stupéfiants[138]. Dans un tout autre domaine, celui de la protection des eaux, la loi prescrit le secret de fonction aux personnes qui sont chargées de son application, ainsi qu'aux experts et membres de commissions ou de groupes de travail instituées pour poursuivre ses buts[139]. Par ailleurs, les personnes qui ont été ou sont chargées d'assurer un service de télécommunication sont également dans l'« *obligation d'observer le secret* »[140]. Cette obligation est aussi rappelée aux personnes auxquelles il incombe d'exécuter les tâches prévues par la Loi fédérale sur le travail[141], de même que celles qui y contribuent. Les personnes qui travaillent pour un centre de consultation d'aide aux victimes d'infractions doivent également garder le secret sur leurs constatations, tant à l'égard des autorités que des particuliers, sous peine de l'emprisonnement ou de l'amende[142].

L'obligation de secret lie en outre toutes les personnes qui participent à l'application, au contrôle et/ou à la surveillance des lois fédérales sur les assurances sociales, aux termes de l'article 33 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)[143]. L'obligation de secret prévue à l'article 33 LPGA vaut dès lors pour les caisses de compensation instituées dans la Loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, ainsi que pour les tiers auxquels ces dernières confient l'exécution de certaines de leurs tâches[144]. Elle s'impose également aux offices de l'assurance-invalidité prévus par la Loi fédérale sur l'assurance-invalidité[145], sous réserve de certaines exceptions[146]. La Loi fédérale sur l'assurance-maladie[147] décline les conditions dans lesquelles l'Office fédéral des assurances, les assureurs sociaux et les autres organes chargés de l'appliquer peuvent communiquer des informations en dérogation à l'article 33 LPGA[148]. La Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA)[149] prévoit également une série d'exceptions à l'obligation de secret pour les organes chargés de l'appliquer ou d'en contrôler et/ou d'en surveiller l'application[150]. L'article 97 al. 5 LAA en particulier autorise le médecin spécialiste de la sécurité au travail à dévoiler, sous certaines conditions, ses conclusions relatives à l'aptitude d'un travailleur à exécuter certains travaux. Les organes chargés d'appliquer la Loi fédérale sur l'assurance militaire ou la Loi fédérale sur l'assurance-chômage, de même que les personnes qui en contrôlent ou en surveillent l'application, sont également astreints à l'obligation de secret instituée à l'article 33 LPGA. Ils peuvent toutefois aussi y déroger, pour autant qu'ils respectent certaines conditions[151].

---

[138] Cf. art. 15 al. 2 de la Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (Loi sur les stupéfiants, LStup ; RS 812.121).
[139] Art. 52 al. 2 de la Loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (LEaux ; RS 814.20).
[140] Art. 43 de la Loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC ; RS 784.10).
[141] Art. 44 de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail ; RS 822.11).
[142] Art. 4 de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 4 octobre 1991 (LAVI ; RS 312.5).
[143] Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1).
[144] Cf. art. 63 al. 5 de la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10). En cas d'inobservation du secret, une norme pénale explicite est prévue : l'art. 87 LAVS.
[145] Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI ; RS 831.20).
[146] Cf. notamment les art. 66*a* et 68bis al. 2 et 3 LAI.
[147] Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal ; RS 832.10).
[148] Cf. les art. 21 al. 5bis, 82 et 84*a* LAMal. En cas de violation du secret, l'art. 92 lit. c LAMal s'applique.
[149] Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA ; RS 832.20).
[150] Cf. art. 97 LAA. En cas d'inobservation du secret, l'art. 112 LAA s'applique.
[151] Cf. art. 95*a* de la Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (LAM ; RS 833.1), ainsi que les art. 85*f* al. 2, 3, 4 et 97*a* de la Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (Loi sur l'assurance-chômage, LACI ; RS 837.0).

D'autres lois fédérales précisent les contours du secret auquel sont soumises les professions qui ne sont pas mentionnées à l'article 321 CP. Par exemple, le membre d'un organe, l'employé, le mandataire ou le liquidateur d'une banque, ainsi que le chargé d'enquête ou le délégué à l'assainissement désigné par la Commission fédérale des banques, de même que le membre d'un organe ou l'employé d'une institution de révision agréée, sont astreints au secret bancaire. En vertu de l'article 47 de la Loi fédérale sur les banques[152], ces personnes sont punissables si elles révèlent leur secret, intentionnellement ou par négligence[153]. Les membres des organes, les employés et les mandataires de la Banque nationale suisse sont assujettis au secret de fonction et au secret d'affaires[154]. En tant qu'institution, la Banque nationale est également tenue de maintenir confidentielles toutes les données qu'elle collecte, notamment dans un but statistique[155]. Certains acteurs du marché boursier sont aussi tenus de garder secret les informations acquises dans l'exercice de leurs activités, sous peine de l'emprisonnement ou de l'amende[156]. Enfin, les personnes chargées de l'application des législations fiscales et celles qui y collaborent sont soumises au secret fiscal[157]. Il existe en outre de nombreuses dispositions sur la transmission des données relevant de ces différents domaines dans les réglementations fédérales et cantonales qui leur sont respectivement consacrées[158].

Les **législations cantonales** doivent respecter les limites fixées par le droit fédéral, conformément à l'article 45 Cst. A l'instar des lois fédérales, les constitutions cantonales, les lois cantonales de procédure et celles sur le statut de la fonction publique, relatives à la protection des données et concernant la santé publique, notamment, recèlent des dispositions relatives au secret. L'on trouve en outre au détour de certains textes cantonaux portant sur l'exécution des peines des dispositions spécifiquement consacrées au secret.

Nous ne saurions éluder ici le rayonnement sur notre législation nationale des résolutions et des recommandations adoptées sous les auspices du Conseil de l'Europe. En effet, non seulement le législateur suisse ne cesse de s'en inspirer, mais elles sont en outre relativement nombreuses à s'intéresser au droit au secret. Il importe dès lors de s'y attarder, quand bien même elles ne sont pas directement applicables.

---

[152] Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, LB ; RS 952.0).

[153] Comme le relèvent SCHÖNLE /KERNEN (1976), p. 162 et CHAUDET/HEINZER (1997), p. 459, l'art. 47 LB est la seule disposition relative au secret dont la violation commise par négligence est déclarée punissable (art. 47 ch. 2 LB). Pour de plus amples développements sur le secret bancaire, cf. ZUFFEREY/CASA/GRISEL (2004), en particulier pp. 211-219.

[154] Art. 49 de la Loi fédérale sur la Banque nationale suisse du 3 octobre 2003 (Loi sur la Banque nationale, LBN ; RS 951.11). En cas de violation du secret, l'article 49 al. 3 LBN s'applique.

[155] Art. 16 LBN.

[156] Art. 43 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (Loi sur les bourses, LBVM ; RS 954.1). Sur cette obligation, lire ROTH (2001).

[157] S'agissant de la législation fédérale, cf. notamment l'art. 110 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD ; RS 642.11) ; l'art. 39 de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID ; RS 642.14) ; l'art. 37 de la Loi fédérale sur l'impôt anticipé du 13 octobre 1965 (LIA ; RS 642.21) ; l'art. 33 de la Loi fédérale sur les droits de timbre du 27 juin 1973 (LT ; RS 641.10) ; l'art. 55 de la Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 2 septembre 1999 (Loi sur la TVA, LTVA ; RS 641.20). Pour de plus amples développements sur le secret fiscal, cf. notamment MARAIA (2004), en particulier pp. 250-272.

[158] Voir par exemple les législations fiscales cantonales, lesquelles prescrivent des règles relativement rigoureuses s'agissant de la communication des données fiscales.

Plusieurs d'entre elles[159] ont mené à l'élaboration puis à l'adoption par la Suisse de la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*[160] dont les dispositions on l'a vu sont de rang constitutionnel. Dans la foulée, d'autres recommandations relatives à la protection du traitement des données nominatives ont également été émises[161]. Par ailleurs, à l'heure du règne des nouvelles technologies de l'information, l'annexe à la Recommandation n° R(99)5[162] réunit un ensemble de lignes directrices qui formulent « *des principes d'une conduite loyale à observer en matière de protection de la vie privée par les utilisateurs et les fournisseurs de services d'Internet* » et que les droits nationaux sont vivement invités à respecter.

L'annexe à la Recommandation n° R(2000)10[163] établit un code modèle de comportement adéquat destiné aux agents de l'Etat. Ce code approfondit en partie les principes directeurs de la fonction publique reconnus en Suisse, parmi lesquels le devoir de confidentialité des agents publics. Le paragraphe 11 en particulier prévoit l'obligation pour tout agent public de « *traiter de manière adéquate, avec toute la confidentialité nécessaire, toutes les informations et tous les documents acquis dans l'exercice, ou à l'occasion de l'exercice, de ses fonctions* ». De même, le paragraphe 22 ch. 2 de l'annexe leur impose de prendre toutes les mesures appropriées « *pour garantir la sécurité et la confidentialité des informations dont il ou elle est responsable ou dont il ou elle a connaissance* ». Ils doivent néanmoins veiller dans ce cadre à ne pas « *procéder à la rétention d'informations officielles qui peuvent ou devraient être légitimement rendues publiques* »[164].

En ce qui concerne le secret professionnel, on retrouve en particulier celui de l'avocat et son corollaire, le droit accordé au prévenu de communiquer avec lui en toute confidentialité, dans la Recommandation du Comité des Ministres n° R(2000)21[165]. Celle-ci impose aux avocats de « *respecter le secret professionnel conformément à la législation interne, aux règlements et à la déontologie de leur profession* », sous peine de « *sanctions appropriées* » et postule que « *toutes les mesures nécessaires devraient être prises pour veiller au respect du secret*

[159] Par exemple la Résolution (73)22 relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis à vis des banques de données électroniques dans le secteur privé, adoptée par le Comité des Ministres le 26 septembre 1973, lors de la 224e réunion des Délégués des Ministres ; la Résolution (74)29 relative à la protection de la vie privée des personnes physiques vis à vis des banques de données électroniques dans le secteur public, adoptée par le Comité des Ministres le 20 septembre 1974, lors de la 236e réunion des Délégués des Ministres, ainsi que la Recommandation n° R(81)1 relative à la réglementation applicable aux banques de données médicales automatisées, adoptée par le Comité des Ministres le 23 janvier 1981, lors de la 328e réunion des Délégués des Ministres.

[160] Conclue à Strasbourg le 28 janvier 1981 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1er février 1998 (RS 0.235.1).

[161] Par exemple, la Recommandation n° R(85)11 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de marketing direct, adoptée par le Comité des Ministres le 25 octobre 1985, lors de la 389e réunion des Délégués des Ministres ; la Recommandation n° R(89)2 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins d'emploi, adoptée par le Comité des Ministres le 18 janvier 1989, lors de la 423e réunion des Délégués des Ministres.

[162] Recommandation n° R(99)5 sur la protection de la vie privée sur Internet, adoptée par le Comité des Ministres le 23 février 1999, lors de la 660e réunion des Délégués des Ministres.

[163] Recommandation n° R(2000)10 sur les codes de conduite pour les agents publics, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 mai 2000 à sa 106e session.

[164] Par. 22 ch. 4 dudit code.

[165] Recommandation n° R(2000)21 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat, adoptée par le Comité des Ministres le 25 octobre 2000, lors de la 727e réunion des Délégués des Ministres.

professionnel des relations entre avocats et clients ». Des dérogations à ce principe étant admises « *seulement si elle sont compatibles avec l'Etat de droit* »[166].

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adressé en 1985 au Comité des Ministres une Recommandation relative à l'harmonisation de la réglementation concernant le secret professionnel[167]. Celle-ci se fonde en particulier sur la nécessité de protéger la vie privée, dans un monde dont « *les progrès techniques et l'évolution scientifique ne contribuent pas seulement au progrès et au bien-être de l'humanité, mais fournissent aussi les moyens de menacer des droits fondamentaux* ». Considérant que « *la protection du secret professionnel est un élément essentiel du droit au respect de la vie privée* », elle invite le Comité des Ministres à préparer à l'attention des Etats membres du Conseil de l'Europe une recommandation « *fixant des normes minimales pour la protection du secret professionnel* » et appelée à reposer sur deux principes directeurs. Le premier concerne le titulaire du secret en ces termes : « *Toute personne ayant, en raison de son statut ou de ses fonctions, de sa profession ou de ses compétences, connaissance d'un renseignement dont la partie intéressée souhaite, expressément ou implicitement, qu'il soit gardé secret est visée par l'obligation de secret professionnel* ». Le deuxième vise directement l'application du principe de la légalité : « *Les exceptions à cette obligation doivent être prévues par la loi ou ordonnées par un tribunal régulier, et doivent être en accord avec l'article 8 par. 2 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* ». A notre connaissance toutefois, le Comité des Ministres ne lui a pas donné suite, probablement en raison de la disparité des législations nationales en la matière. Il n'empêche que ce texte révèle l'importance accordée au secret professionnel, en lien avec la protection de la vie privée.

S'agissant plus spécifiquement de notre problématique, il est évident que les législateurs cantonaux se sont référés aux règles pénitentiaires européennes[168] dans le cadre de l'élaboration de leurs lois et règlements consacrés à la privation pénale de liberté. D'autres textes européens ont aussi joué un rôle dans le processus législatif ou sont susceptibles de revêtir une certaine importance dans la détermination des contours du secret auquel est tenu en particulier le personnel soignant pénitentiaire. Par exemple, l'annexe à la Recommandation n° R(93)6[169] préconise la plus stricte confidentialité autour de la communication aux détenus du résultat de leur test de dépistage volontaire du virus de l'immunodéficience humaine (VIH)[170], de même que sur l'identité de détenus ayant participé à des recherches[171]. Elle recommande également que le rapport médical de toute personne condamnée susceptible d'être transférée dans son pays d'origine soit transmis par le service médical pénitentiaire de l'Etat de condamnation à celui de l'Etat d'exécution dans le respect le plus strict du secret médical[172]. Dans un même ordre d'idées, l'annexe à la Recommandation n° R(98)7[173]

---

[166] Principe I, ch. 6 et Principe III, ch. 2.
[167] Recommandation 1012(1995), adoptée par la *Commission permanente* agissant au nom de l'Assemblée parlementaire, le 4 juillet 1985. Le texte de cette Recommandation est disponible sur le site officiel du Conseil de l'Europe, http://www.coe.int/, rubriques : Institutions/Assemblée parlementaire/Textes adoptés.
[168] Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes, adoptée par le Comité des Ministres le 12 février 1987, lors de la 404e réunion des Délégués des Ministres.
[169] Recommandation n° R(93)6 concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison, adoptée par le Comité des Ministres le 18 octobre 1993, lors de la 500e réunion des Délégués des Ministres.
[170] Par. 3.
[171] Par. 16.
[172] Par. 25.

contient des dispositions précises sur le secret du personnel soignant intervenant en prison[174]. Le principe 17 de l'annexe II[175] à la Recommandation n° R(97)12[176] rappelle enfin que « *les informations relatives à un délinquant suspect ou condamné et à sa situation ainsi qu'à sa famille doivent être traitées avec respect conformément à toute disposition législative ou administrative relative au secret professionnel* ».

Moins influente mais néanmoins incontournable, la Recommandation 1235(1994) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme[177] traite également expressément de la confidentialité médicale due aux personnes incarcérées. Elle précise notamment que « *le secret médical devrait être observé dans toute la mesure compatible avec les exigences de la détention* ». Adoptée le même jour, la Résolution 1029(1994) y relative invite directement les gouvernements des Etats membres du Conseil de l'Europe « *à introduire dans leur législation les règles qu'elle énonce et à s'assurer qu'elles sont mises en pratique le plus rapidement possible* ».

En dernier ressort et quand bien même leur portée dépasse le cadre de l'Europe occidentale, il convient de souligner les vingt-cinq Principes onusiens pour la protection des personnes atteintes de maladie mentale et pour l'amélioration des soins de santé mentale[178]. Ces derniers s'appliquent également aux personnes incarcérées « *dont il a été établi qu'elles étaient atteintes de maladie mentale ou dont il est jugé qu'elles sont peut-être atteintes d'une telle maladie* » et ce, « *dans toute la mesure du possible, sous réserve des quelques modifications et exceptions qui s'imposent en l'occurrence* »[179]. Le principe 6, en particulier, prescrit le droit à la confidentialité des renseignements concernant ces personnes.

1.3.1.3 La notion de secret en déontologie

La déontologie réunit l'ensemble des règles régissant l'exercice d'une profession, en particulier les devoirs des professionnels auxquels elle se destine envers ses clients, ses collègues et la société[180]. Les **règles déontologiques** (*Standesregeln*) doivent être distinguées des règles professionnelles (*Berufsregeln*). Alors que les premières sont prescrites par des organisations professionnelles « *à l'usage de ses seuls membres* », les secondes sont des règles étatiques « *édictées dans un but d'intérêt public s'appliquant à tous ceux pratiquant la profession envisagée* »[181]. Bien qu'elles les aient généralement précédées, « *les règles*

---

[173] Recommandation n° R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, adoptée par le Comité des Ministres le 8 avril 1998, lors de la 627 e réunion des Délégués des Ministres.
[174] Par. 13 et 18, en particulier.
[175] L'Annexe II de cette recommandation est intitulée « *Principes directeurs européens pour des principes directeurs éthiques nationaux concernant les personnels chargés de l'application des sanctions et mesures* ».
[176] Recommandation n° R(97)12 sur le personnel chargé de l'application des sanctions et mesures, adoptée par le Comité des Ministres le 10 septembre 1997, lors de la 600e réunion des Délégués des Ministres.
[177] Adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 12 avril 1994.
[178] Adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 46/119 du 17 décembre 1991. Voir aussi à ce propos la Déclaration de consensus sur la promotion de la santé mentale dans les prisons des représentants des Etats membres du Projet sur la santé dans les prisons de l'OMS, adoptée le 21 novembre 1998 à la Haye.
[179] Principe 20 par. 1.
[180] ENGEL (1987), p. 3.
[181] FAVRE (2003), p. 59.

déontologiques précisent le contenu des règles professionnelles »[182] et contribuent dès lors à leur interprétation.

L'obligation de secret fait donc l'objet d'une attention particulière dans les codes de déontologie des professionnels amenés, dans le cadre de leur activité, à instaurer avec autrui une relation basée sur la confiance. Les règles déontologiques sont contraignantes pour les membres des associations professionnelles qui les ont édictées. Elles ne revêtent en revanche pas force obligatoire d'un point de vue légal. Il n'en demeure pas moins qu'elles bénéficient d'une autorité certaine parmi les professionnels[183]. A l'instar en effet de certaines règles supranationales édictées par le Conseil de l'Europe, qui ne lient pas leur destinataire mais dont le rayonnement est largement reconnu, il n'est pas exagéré de dire des règles déontologiques qu'elles ont valeur de *soft law*[184].

Pour éviter les redondances, les principales règles déontologiques consacrées au secret seront restituées dans ce travail au fur et à mesure que seront abordées les obligations de confidentialité des différents intervenants.

1.3.2 Les diverses expressions de la nature du secret

1.3.2.1 Le secret : notions de droit public et de droit privé

Le secret de la vie privée bénéficie d'une protection issue du droit privé, respectivement du droit public.

En **droit privé** suisse, la vie privée relève des droits de la personnalité, lesquels appartiennent à chaque individu du seul fait de son existence[185]. La protection du domaine secret de la personne est dès lors garantie à l'article 28 CC. Selon la théorie des trois sphères initialement développée par JÄGGI[186] et précisée par la jurisprudence[187] et la doctrine[188], le droit au respect de la vie privée se décompose en la protection - décroissante - de la sphère intime, de la sphère privée et de la sphère publique. Font partie de la sphère intime tous les faits et gestes que l'intéressé veut garder secrets et donc soustraire à la connaissance d'autrui, à l'exception de ceux qu'il a confiés. La sphère privée recouvre toutes les circonstances et événements que l'intéressé n'entend partager qu'avec un nombre restreint de personnes, en particulier celles auxquelles il est attaché par des liens étroits, tels que la parenté, les amis ou les connaissances. Enfin, la sphère publique s'étend à l'ensemble des événements qui sont connus de tous, car librement accessibles[189]. Seuls les faits qui relèvent des deux premières sphères bénéficient de la protection de l'article 28 CC.

---

[182] ATF 98 Ia 356, 360, cité par FAVRE (2003), p. 59.
[183] Sur l'articulation ambivalente du tryptique secret - déontologie - pouvoir, lire FRISON-ROCHE (1999), pp. 80s.
[184] Pour de plus amples développements sur cette notion, en particulier dans le domaine pénitentiaire, cf. LARRALDE (1996).
[185] DESCHENAUX/STEINAUER (2001), p. 180.
[186] JÄGGI (1960), cité par LEGLER (1997), p. 115.
[187] ATF 97 II 97, 100ss ; ATF 118 IV 41, 45ss.
[188] Cf. notamment GROSSEN (1976), p. 366; DRUEY (1983), p. 4; GUILLOD in GUILLOD/KUNZ/ZENGER (1991), p. 245s; LEGLER (1997), pp. 115-118; CHERPILLOD (1999), p. 100.
[189] En d'autres termes, l'intimité se réfère « *à ce qui est profondément intérieur, essentiel, secret* », alors que le privé renvoie à « *quelque chose où le public n'est pas admis et qui n'appartient pas à la collectivité* », d'où son

Cette disposition octroie à la victime d'une atteinte illicite à sa personnalité le droit d'agir en justice[190]. Des exceptions restreignent toutefois sa portée. L'atteinte peut en effet être considérée comme licite si la personne lésée y consent. La victime ne peut en outre pas agir en justice si l'atteinte tire sa justification d'un intérêt privé ou public prépondérant ou de la loi. Lorsqu'un dommage résulte de l'atteinte illicite à la personnalité, l'article 41 CO impose à son auteur de le réparer, pour autant que les conditions de sa responsabilité soient remplies. L'article 49 CO énonce quant à lui l'étendue de la réparation pour le tort moral subi. Dans le deux cas, il appartient à la victime de rapporter la preuve d'un lien de causalité entre l'atteinte illicite à sa personnalité et le dommage consécutif.

La Loi fédérale sur la protection des données protège la personnalité et les droits fondamentaux, parmi lesquels la sphère privée des personnes physiques et morales dont les données sont traitées par des personnes privées ou des organes fédéraux. Les personnes qui traitent des données personnelles, sensibles et des profils de personnalité, sont tenues à un devoir de discrétion aux termes de l'article 35 LPD. Les législations cantonales sur la protection des données s'appliquent quant à elles aux organes publics cantonaux, ainsi qu'aux particuliers et institutions de droit privé exerçant des tâches d'intérêt public. Elles protègent également les droits fondamentaux des personnes dans le cadre du traitement des données les concernant.

La protection du secret de la vie privée en **droit public** suisse se matérialise dans plusieurs textes. En droit pénal en particulier, le titre troisième du livre deuxième du Code pénal traite des infractions contre le domaine secret ou le domaine privé. Les articles 179 à 179^{novies} en particulier renforcent le droit au respect du secret de la sphère privée. L'article 179 CP sanctionne la violation du secret de la correspondance, l'article 179bis les écoutes et les enregistrements de conversations entre personnes sans le consentement de ces dernières, l'article 179ter l'enregistrement de ses propres conversations sans le consentement de ses interlocuteurs et l'article 179^{quater} la violation du domaine secret ou privé au moyen d'un appareil de prises de vue. Introduit par le ch. 4 de l'annexe à la Loi fédérale sur la protection des données, l'article 179^{novies} interdit à quiconque de soustraire d'un fichier des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité qui ne sont pas librement accessibles, sous peine d'être sur plainte puni de l'emprisonnement ou de l'amende. Quant au titre dix-huitième du Code pénal, il érige en infraction la violation du secret auquel sont tenues certaines personnes appelées, en raison de leur profession et/ou de leur fonction, à recueillir des informations relevant notamment de la sphère privée d'autrui.

1.3.2.2 Le secret : sens formel et sens matériel

Le secret est dit **formel** lorsqu'il est déclaré comme tel par la loi ou par l'autorité qui y est assujettie, sans qu'il porte nécessairement sur des faits confidentiels[191]. Cette notion est comprise à l'article 293 CP, qui protège le secret des débats officiels.

---

opposition d'avec le public et ses pourtours à géométrie variable, selon l'espace-temps dans lequel il s'inscrit. A ce propos, cf. SIGUIER (1992), p. 140.

[190] Voir les actions prévues à l'article 28*a* CC. Pour plus de précisions, cf. LEGLER (1997), pp. 18s.

[191] Cf. notamment BJP 2/2003, n° 372, p. 62. Une table des renvois aux arrêts résumés dans le Bulletin de jurisprudence pénale est prévue en fin de bibliographie.

Le secret est en revanche entendu au sens **matériel** lorsqu'il couvre des faits véritablement confidentiels. Tel est le cas lorsqu'il porte sur des faits connus seulement d'un cercle restreint de personnes[192] et dont le maître a la volonté et un intérêt légitime à les maintenir confidentiels[193]. Les articles 320 et 321 CP retiennent cette notion.

1.3.2.3 Le secret dit absolu et le secret dit relatif

Le secret est dit **relatif** lorsqu'il est susceptible de souffrir certaines dérogations.

En langage courrant, l'on dirait du secret qu'il est **absolu** lorsqu'il ne peut faire l'objet d'aucune exception ; en d'autres termes, « *qu'il ne peut être transgressé sous aucun prétexte* »[194]. En droit néanmoins, la notion de secret absolu est plus nuancée, puisqu'elle admet qu'il puisse lui être dérogé si le détenteur du secret estime la révélation nécessaire.

L'exemple qui suit illustre la distinction entre la notion juridique de secret relatif et celle de secret absolu. Aux termes de l'article 147 ch. 2 du Code de procédure pénale neuchâtelois[195], le médecin est contraint de témoigner si le maître du secret consent à la révélation. Le secret est alors dit relatif, puisque des exceptions peuvent lui être opposées, en l'espèce le consentement de son maître[196]. En revanche, l'article 79 al. 2 du Code de procédure pénale fribourgeois[197] laisse le médecin libre de décider de déposer ou non et ce, malgré l'accord du maître du secret. Le secret est donc ici considéré comme absolu, puisqu'il échappe à l'intéressé même et que seul son détenteur peut décider d'y déroger. A l'inverse, le secret auquel est astreint le fonctionnaire obéit dans tous les cas à une conception relative. Au cas où son témoignage est sollicité - pour reprendre le même exemple - l'agent public détenteur du secret est obligé de témoigner si son supérieur hiérarchique l'en a formellement délié.

Nos voisins français ont longtemps privilégié une conception absolue du secret, dont le détenteur était seul garant[198]. Comme on vient de le voir, telle est l'option préconisée encore à l'heure actuelle dans certaines législations cantonales, notamment en ce qui concerne le témoignage en justice de la personne astreinte au secret.

Le passage d'une conception à l'autre est particulièrement saisissant en droit français. Dans son approche historique du secret médical, MARTINENT[199] s'est intéressé aux théories absolue et relative du secret ainsi qu'« *aux conflits d'intérêts qui les traversent toutes deux* »[200] pour

---

[192] Tel que le souligne REAL (1972), p. 146, le cercle peut s'avérer plus large. Il faut donc entendre par « restreint », un nombre limité de personnes.
[193] Cf. notamment STUDER (1999), p. 349; FLACHSMANN in DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER (2004), ad art. 320, p. 497 et ATF 126 IV 236, 242, qui compare précisément la notion de secret au sens formel et celle de secret au sens matériel.
[194] BERGER (1970), p. 185.
[195] Code de procédure pénale du 19 avril 1945 (RSN 322.0).
[196] Dans le même sens, SPAHR (1987), p. 117.
[197] Code de procédure pénale du 14 novembre 1996 (RSF 32.1).
[198] Sur la conception absolue du secret retenue en France sous l'ancien Code pénal de 1810 (art. 378) et en particulier à partir du jugement rendu en la célèbre affaire *Watelet* (1885) qui l'érigea en véritable dogme, lire notamment PERRAUD-CHARMANTIER (1926); FLORIOT/COMBALDIEU (1973); GULPHE (1976); WAREMBOURG-AUQUE (1978); THOUVENIN (1982), pp. 80ss; LAMBERT P. (1985), pp. 39-42; VILLEY (1986), pp. 65-73; DAMIEN (1989).
[199] MARTINENT (2002).
[200] MARTINENT (2002), p. 439.

mieux saisir les contours de cette institution séculaire. Il relève l'origine éthique, puis déontologique et enfin juridique, sous l'ancien droit français, de l'absoluité du secret médical. Il analyse ensuite sa relativité sous l'angle de l'évolution de la relation thérapeutique dont il est un des fondements et des impératifs sociétaux actuels qui l'exigent désormais. Ainsi la reconnaissance progressive des droits des patients a-t-elle modifié les rapports qu'ils entretiennent désormais avec leur praticien, le désaisissant de son rôle d'unique gardien du secret. De même, la nécessité de contenir les coûts de la sécurité sociale, de protéger l'ordre public, ou encore de sauvegarder la santé de la collectivité comptent parmi les intérêts publics qui justifient des brèches au silence auquel sont pourtant tenus, de part la loi, les membres des professions médicales.

Retracer l'histoire du secret médical[201] nous permet dès lors de mieux saisir « *l'évolution des mentalités dans un contexte qui a toujours cherché à établir l'équilibre délicat entre les intérêts de la société et ceux des individus* »[202] et qui, de fait, relativise le caractère absolu longtemps reconnu en France au secret des professionnels de la médecine. A ce propos, J. DUMOULIN[203] dégage trois périodes principales dans l'histoire du secret médical, laquelle « *révèle à la fois l'histoire de la médecine et l'histoire de la société* ». La première ne prête guère attention au secret médical. Il demeure en effet « *ignoré* » jusqu'à la naissance de la médecine moderne, dite « libérale », laquelle l'érige alors en une institution absolue. Le secret est alors « *magnifié* ». Sa conception absolue se voit cependant peu à peu nuancée. Sous l'impulsion de diverses « *forces d'ouverture* », il devient « *négocié* », contraignant les médecins à le dévoiler dès que certaines conditions sont réunies. A l'heure actuelle, le respect du secret médical marque selon l'auteur un nouveau tournant. Il devient dans certains domaines « *appelé* », en tant que la négociation qui se joue à son propos se révèle permanente et engendre certains conflits. Tel est le cas notamment dans le cadre de la médecine préventive, d'expertise, du travail et pénitentiaire.

STUDER[204] distingue également la notion de secret relatif et absolu, mais dans le contexte de la poursuite pour dettes. Il cite en exemple, s'agissant du secret absolu, l'article 8*a* al. 3 de la Loi fédérale sur la poursuite et la faillite[205] en vertu duquel les offices compétents en la matière doivent en tous les cas s'abstenir de porter certaines poursuites à la connaissance de tiers. En revanche, l'alinéa 2 de cette même disposition octroie à toute personne le droit de consulter les procès-verbaux et les registres de ces autorités, et en particulier à s'en faire délivrer des extraits, pour autant qu'elle « *rende [leur] intérêt vraisemblable* ». Les informations contenues dans ces documents sont dès lors certes couvertes par le secret, mais un secret relatif puisqu'elles sont susceptibles d'être révélées à condition de rendre vraisemblable un intérêt.

Le secret est dit relatif également lorsqu'il est possible de le révéler, à certaines occasions, à d'autres personnes qui revêtent un statut et/ou une qualité particulière. Il est alors un secret « *partagé* », lequel n'est fondé sur aucune base légale ou réglementaire[206]. S'agissant du secret de fonction, nous constaterons que tel est le cas notamment lorsque plusieurs agents

[201] Pour de plus amples développements sur l'histoire du secret médical, à partir du 5e siècle avant J.-C., lire VILLEY (1986), en particulier pp. 12-52.
[202] LE PROUX DE LA RIVIÈRE (1991), p. 550.
[203] DUMOULIN J. (1981*a*), pp. 143-168.
[204] STUDER (1999), pp. 350-356.
[205] Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP ; RS 281.1).
[206] MARCELLI (1998), p. 2.

publics ont à s'échanger les faits couverts par le secret pour mener à bien leurs tâches respectives. Mais c'est à nouveau eu égard au secret médical que les exemples sont les plus frappants. La notion de secret partagé procède notamment de la reconnaissance d'un cortège de droits et d'obligations au patient, appréhendé désormais comme un être autonome, apte à se déterminer librement sur les actes médicaux dont il fait l'objet et d'en assumer les conséquences, même si elles sont susceptibles de porter atteinte à ses intérêts. Le secret médical partagé résulte aussi et surtout des enjeux auxquels est confrontée la pratique médicale et des nécessités liées à la poursuite de soins de qualité. Il est en effet des situations de plus en plus fréquentes dans lesquelles un soignant autre que le médecin traitant du patient intervient dans la prise en charge de celui-ci. Tel est le cas notamment lorsque son médecin de confiance est contraint de solliciter les compétences de spécialiste d'un confrère, dans une situation d'urgence ou si une hospitalisation se révèle nécessaire. Ces exemples impliquent que soit lié par le même secret un cercle restreint de soignants « *participant au traitement d'un malade* »[207]. Un partage des informations entre les différents praticiens s'avère pertinent dans l'intérêt du patient, qui y consent. Dans ce contexte, il leur incombe à chacun de se tenir mutuellement informés et de communiquer ponctuellement au patient les informations le concernant.

A ce stade, nous pensons qu'il n'existe plus dans notre société contemporaine de secret qui, de par la loi, puisse encore être qualifié d'absolu *stricto sensu*, puisque tous peuvent faire l'objet de tempéraments plus ou moins importants. Nous en voulons pour preuve les débats autour du secret de la confession, considéré comme le secret parmi les plus opaques. En effet, alors qu'il ne peut faire l'objet d'aucune exception dans la législation ecclésiastique[208], le droit laïc, en l'assimilant au secret professionnel, admet à certaines conditions qu'il y soit dérogé. Dans le cadre des développements qui suivent et pour éviter tout malentendu, nous nous contenterons d'examiner le secret de la confession couvrant l'ensemble des faits délivrés au moment de la confession sacramentelle[209], que nous distinguons du secret sacerdotal ou encore du secret pastoral. L'étendue de ces derniers peut en effet aussi porter sur des faits parvenus à la connaissance du ministre du culte[210] en dehors du cadre circonscrit de la confession et, à défaut de règles religieuses claires à leur sujet, faire l'objet de certaines limitations. Il nous est dès lors apparu plus révélateur de nous pencher sur le cas du secret sacramentel, dont le caractère strictement absolu est expressément reconnu par le catholicisme[211].

En vertu du Code de droit canonique[212], le ministre de l'Église est tenu de taire les faits recueillis dans le cadre de la confession, quels que soient les intérêts en jeu. Promulgué par feu le Pape Jean-Paul II le 25 janvier 1983, le Code de droit canonique dispose en effet

---

[207] HOERNI/BENEZECH (1996), p. 53.
[208] Cf. notamment RODHAIN (1961), p. 579 : « *dans l'administration du sacrement de Pénitence, l'obligation du secret est totale* ».
[209] Pour des développements historiques sur la confession sacramentelle, laquelle fut proclamée obligatoire par le 4e Concile œcuménique du Latran en 1215, lire HAHN (1986), en particulier pp. 56-58.
[210] La qualité de ministre de culte est ici entendue au sens générique. Elle vise non seulement les représentants des églises chrétiennes, mais également ceux d'autres religions, telles que le judaïsme et l'islam. Avec CARTIER (2003), p. 486 on peut en effet considérer que le rabbin ou l'imam, par exemple, se doivent de respecter la confidentialité des faits recueillis dans le cadre de leur ministère respectif, au même titre que le prêtre ou le pasteur. Dans le même sens, AMSON (2004), pp. 55s.
[211] Pour une approche historico-théologique du secret de la confession, cf. BEDOUELLE (1999).
[212] Le Code de droit canonique est disponible en français sur le site Internet du Vatican, à l'adresse suivante : http://www.vatican.va/archive/FRA0037/_INDEX.HTM

expressément que « *le secret sacramentel est inviolable; c'est pourquoi il est absolument interdit au confesseur de trahir en quoi que ce soit un pénitent, par des paroles ou d'une autre manière, et pour quelque cause que ce soit* »[213]. Le canon 984 prescrit ensuite à son paragraphe 1er que « *l'utilisation des connaissances acquises en confession qui porte préjudice au pénitent est absolument défendue au confesseur, même si tout risque d'indiscrétion est exclu* » avant de poursuivre au paragraphe 2 que « *celui qui est constitué en autorité ne peut en aucune manière utiliser pour le gouvernement extérieur la connaissance de péchés acquise par une confession, à quelque moment qu'il l'ait entendue* ». La violation du secret sacramentel est sanctionnée très sévèrement. Le Code de droit canonique distingue à cet effet selon que la révélation s'est faite de manière directe ou indirecte[214]. Aussi, aux termes du canon 1388, paragraphe 1er, « *le confesseur qui viole directement le secret sacramentel encourt l'excommunication latae sententiae réservée au Siège Apostolique* », c'est-à-dire qu'elle « *s'applique immédiatement et sans procès canonique* »[215], alors que « *celui qui le viole d'une manière seulement indirecte sera puni selon la gravité du délit* ». Par ailleurs, le secret sacramentel vaut selon le Code tant à l'égard de la justice civile que de la justice ecclésiastique, puisqu'il est interdit aux prêtres de restituer à cette dernière « *ce dont ils ont eu connaissance par la confession sacramentelle* », et ce « *même si leur pénitent demande qu'ils parlent* »[216]. Dans le même sens, le prêtre ne peut également pas révéler son secret pour s'absoudre[217]. Il ne plane donc guère de doutes sur le caractère ici rigoureusement absolu reconnu en droit canonique au secret de la confession.

Tel n'est pas le cas en revanche en droit laïc. En effet, bien que sujet à controverses, il apparaît que l'on tend de plus en plus à fondre le secret de la confession en le secret de l'ecclésiastique. La violation du secret de l'ecclésiastique est certes érigée en infraction à l'article 321 CP, mais sa révélation peut être autorisée aux conditions prescrites par la loi, au même titre que les autres secrets professionnels. Dans ces conditions, le secret professionnel peut notamment être levé si le pénitent y consent et l'homme d'église ne pas être poursuivi devant la justice des hommes s'il le révèle en se prévalant d'un motif justificatif reconnu par la loi.

En conséquence, le secret sacramentel atteste qu'il est particulièrement complexe de « *concilier une notion juridique (…) avec la doctrine religieuse, la pratique de la foi, et le rôle essentiel des ministres du culte* »[218]. Plusieurs exemples récents le confirment, parmi lesquels le procès très médiatisé en France[219] de Monseigneur PICAN, évêque de Bayeux, condamné pour non dénonciation des atteintes sexuelles commises par un prêtre de son diocèse sur des mineurs de quinze ans[220]. Quand bien même l'évêque n'avait pas pris connaissance de ces faits dans l'intimité du confessionnal, le Tribunal correctionnel de Caen

[213] Canon 983 par. 1.
[214] Sur ces notions, cf. CARTIER (2003), p. 494 et références citées.
[215] BEDOUELLE (1999), p. 127.
[216] Canon 1550 par. 2 ch. 2.
[217] Telle est d'ailleurs, comme nous le rappellent aussi BEDOUELLE (1999), p. 134 puis CARTIER (2003), p. 495, la trame du film réalisé en 1952 par ALFRED HITCHCOCK, intitulé « I confess » et traduit en français par « La loi du silence ». Le père Michel Logan se refuse à trahir son secret, alors même qu'il est accusé d'un crime qu'il n'a pas commis et dont il connaît l'auteur puisque ce dernier s'en est confié à lui.
[218] CARTIER (2003), p. 486.
[219] Dans la presse suisse également. Cf notamment J.-L. VONNEZ, *En condamnant Mgr Pican, la justice a failli s'opposer aux lois catholiques*, in *Le Temps* du 6 septembre 2001.
[220] Jugement du Tribunal correctionnel de Caen du 4 septembre 2001, Juris-Data n°2001-148248.

s'est longuement entretenu dans son jugement sur les rapports entre le secret de la confession et le « *secret de la confidence* » auquel est tenu l'ecclésiastique en vertu du droit laïc[221].

1.3.3 La titularité du secret

1.3.3.1 Le secret individuel et le secret collectif

La notion de secret collectif peut être opposée à la notion de secret individuel. Cette différenciation réside en les personnes mêmes du ou des détenteurs du secret, respectivement du ou des maîtres du secret.

Typiquement, le secret est **individuel** lorsqu'il demeure en possession d'un seul détenteur et d'un seul maître et qu'il ne concerne qu'un seul intéressé. A son propos, nous rejoignons AYER, lorsqu'elle déclare que « *le secret est affaire de personne à personne et non pas de groupe, à moins que la personne concernée y ait consenti* »[222]. Si à l'inverse plusieurs personnes sont détentrices du secret ou que le secret concerne plus d'une personne intéressée, sa titularité dépasse la seule relation duelle. Elle s'étend aux tiers qui, à un titre ou à un autre, ont accédé à la connaissance du fait secret. Le secret est alors dit **collectif**. Partant, il convient de distinguer la situation selon que le caractère collectif s'attache à la personne des maîtres du secret (i) ou de ses détenteurs (ii).

(i) Dans le premier cas de figure, ce sont plusieurs personnes qui revêtent simultanément la qualité de maître du secret : l'une (A) l'est de manière directe, en tant qu'elle révèle elle-même le fait la concernant ; l'autre (B) de manière indirecte, car le fait secret la concernant a été révélé par un tiers, le maître du secret (A) en l'espèce. (B) devient alors en quelque sorte "maître par procuration". Bien qu'il ne l'ait pas lui-même révélé, il a clairement un intérêt et la volonté à ce que le fait le concernant demeure confidentiel.

(ii) Dans le deuxième cas de figure, la forme la plus récurrente de secret collectif est le secret d'équipe, laquelle réunit un nombre déterminé de détenteurs soumis au même secret portant sur les mêmes faits. Toutes les informations pertinentes concernant le maître du secret peuvent être échangées en son sein, pour autant que certaines conditions soient respectées. En particulier, tous les membres du groupe considéré, par exemple une équipe soignante ou les collaborateurs d'un même service, sont tenus à la même obligation de confidentialité. Ils ont connaissance des faits secrets dans et pour l'accomplissement de leurs tâches, lesquelles nécessitent le concours de tous et une intervention commune, à laquelle le maître du secret a préalablement consenti[223]. Le secret collectif est forcément un **secret dit « partagé »**. Il est toutefois entendu ici **au sens étroit**. En effet, seuls les membres de l'équipe qui sont détenteurs du même secret professionnel peuvent pénétrer dans l'intimité de la relation bilatérale et ce, pour autant que leurs interventions respectives poursuivent les intérêts de la personne concernée.

Nous distinguons le secret partagé entendu au sens étroit du secret partagé entendu **au sens large**. Dans notre conception, le secret partagé entendu au sens large répond aux nécessités de

[221] Pour un commentaire particulièrement intéressant de cette décision, cf. LETURMY (2001).
[222] AYER (2003), p. 58.
[223] NOUWINCK (2002), pp. 635s.

la pratique, aux conditions dans lesquelles elle s'exerce et aux besoins auxquels elle doit répondre. Il résulte aussi de l'exigence de s'allier les conseils - ou de manière plus générale l'aide - d'un ou plusieurs tiers déterminé(s) pour mener à bien une activité, mais peut impliquer que ses détenteurs, en amont, soient en réalité astreints à des secrets distincts. Dès lors, le secret partagé entendu au sens large est également un secret collectif, mais les tierces personnes pénétrant la relation bilatérale maître-détenteur du secret ne sont pas *a fortiori* tenues à une obligation de confidentialité similaire. La difficulté réside ici dans la délimitation de l'étendue personnelle et matérielle du secret.

Bien que sujet à controverses, le secret partagé entendu au sens large est de plus en plus admis en pratique, pour autant que la personne concernée par la « *mise en commun des informations émanant de diverses sources professionnelles* »[224] y consente. Il vise les cas dans lesquels ses détenteurs doivent concourir à une action globale, laquelle est menée par un groupe de travail *pluri*- et *inter*disciplinaire[225]. En d'autres termes, l'intervention est commune et réalisée sous la forme d'un « *travail en réseau*». Les professionnels réunis en ces occasions revêtent des qualités et/ou des compétences spécifiques, précisément essentielles à la réalisation d'un objectif commun. Symboliquement, l'obligation de secret qui leur incombe matérialise en une unique règle de confidentialité les différents secrets auxquels, initialement, ces personnes étaient tenues. La notion de secret partagé entendu au sens large, dont nous préciserons ultérieurement les contours, ne se rapporte donc qu'à certaines situations très spécifiques. En ces occasions, des secrets distincts se superposent, sans forcément se recouper. A notre sens, il serait concevable d'ériger cette notion en une obligation légale *sui generis*, au même titre que le secret dit « médical » ou « de fonction », afin de répondre à certaines circonstances particulières. Il pourrait alors être admis que le qualificatif « *partagé* » se suffise à lui-même.

1.3.4 L'objet du secret

L'objet du secret porte sur l'ensemble des faits qui doivent être maintenus confidentiels, c'est-à-dire sur l'étendue matérielle de l'obligation à laquelle ses détenteurs sont astreints.

Il s'avère particulièrement périlleux de déterminer l'objet du secret. Il est rare en effet que la loi précise clairement les contours de l'obligation de garder le secret. La grande majorité des normes y relatives contiennent en effet une définition des informations en cause très imprécise ou font appel à des notions, sinon indéterminées, à tout le moins très vagues[226]. L'article 13 de l'Ordonnance concernant l'appréciation médicale de l'aptitude au service et de l'aptitude à faire service[227] en est un exemple flagrant. Non seulement la portée des informations recueillies dans le cadre de l'examen médical en question n'est pas précisée, mais l'obligation de confidentialité ici retenue est susceptible de porter sur trois secrets, lesquels, aux termes de

[224] AYER (2001), p. 8.
[225] Le préfixe revêt une importance toute particulière en l'espèce. Le travail *inter*disciplinaire implique non seulement le cumul de plusieurs disciplines, mais également leur rencontre concrète, la réunion de ces disciplines dans un dialogue permanent et une réflexion conjointe.
[226] Pour des exemples concrets, cf. TANQUEREL (2002), p. 54.
[227] Ordonnance concernant l'appréciation médicale de l'aptitude au service et de l'aptitude à faire service du 24 novembre 2004 (OAMAS ; RS 511.12).

cette disposition, s'excluent mutuellement[228]. Un tel manque de clarté suppose des interprétations aussi nombreuses que divergentes, à l'origine parfois de sérieux dérapages.

1.3.5 Les limites inférieures du secret

1.3.5.1 Le devoir de discrétion

Les injonctions à la discrétion sont fréquentes en droit. Les faits couverts par le devoir de discrétion ne constituent pas nécessairement des secrets en tant que tels, mais il ressort du contexte la nécessité qu'ils soient tus. A l'inverse, il va de soi que tous faits qualifiés de secrets entraînent forcément un devoir de discrétion[229]. La langue allemande permet de mieux distinguer « le devoir de discrétion » du secret professionnel ou de fonction. Pour qualifier la première expression, elle recourt à la notion de « *Pflicht zur Verschwiegenheit* », plus fréquemment de « *Schweigepflicht* »[230] et plus rarement de « *Diskretionspflicht* ». Elle use en revanche du terme « *Geheimnis* » pour le secret auquel est tenu soit l'agent ou l'autorité publics (*Amtsgeheimnis*), soit le professionnel (*Berufsgeheimnis*), notamment celui qui exerce une profession médicale (*Arztgeheimnis*). Le secret étant clairement ici qualifié eu égard à la qualité particulière que revêt son détenteur.

La source principale du devoir de discrétion est le droit privé. En droit civil, on peut dire du devoir de discrétion « *compris dans son sens large et indépendamment de tout lien contractuel* »[231], qu'il a pour siège les articles 28ss CC. En droit des obligations, il procède d'un rapport contractuel. Il résulte le plus souvent d'un contrat de travail ou de mandat et constitue un aspect de l'obligation de fidelité du travailleur, respectivement du mandataire[232]. Dans le domaine de la protection des données, l'article 35 LPD rend on l'a vu punissable la personne qui viole son devoir de discrétion en révélant des données personnelles secrètes et sensibles, ou des profils de personnalité acquis dans l'exercice de sa profession[233]. Plus généralement, il convient d'admettre avec SCHÖNLE et KERNEN qu'il est un devoir général déduit du principe de la bonne foi[234], et qu'il s'inscrit dans les limites découlant de celui de l'interdiction de l'abus de droit[235].

Dans la fonction publique et conformément aux règles de droit administratif, le devoir de discrétion auquel est tenu l'agent public découle de son devoir général de fidélité, stipulé dans les lois réglementant son activité[236]. Il commande que le fonctionnaire s'abstienne, dans l'intérêt de l'administration, de divulguer les informations acquises dans le cadre de ses fonctions, sous réserve de celles qui « *satisf[ont] aux demandes légitimes des administrés* »[237].

---

[228] Ainsi « *[1]Les personnes qui collaborent ou assistent à l'examen médical et à l'appréciation médicale des intéressés sont tenues de garder le secret de service, le secret de fonction* ***ou*** [nous soulignons] *le secret professionnel* ».
[229] Dans le même sens, CHAUDET/HEINZER (1997), p. 541.
[230] Littéralement : « devoir de silence ».
[231] SCHÖNLE /KERNEN (1976), p. 154.
[232] Cf. l'art. 321*a* CO s'agissant du contrat de travail, et l'art. 398 CO en ce qui concerne le contrat de mandat.
[233] En allemand : « *berufliche Schweigepflicht* ».
[234] Art. 2 al. 1er CC.
[235] Art. 2 al. 2 CC.
[236] REICHLIN (1952), p. 478.
[237] MONCET/MERSCH (2001), p. 151.

Le devoir de discrétion constitue à notre sens une limite inférieure de l'obligation de secret professionnel instituée à l'article 321 CP. Cette obligation offre en effet aux intérêts visés une protection plus étendue que ne le permet le devoir de discrétion. En particulier, il n'habilite pas la personne qui y est tenue à décliner son témoignage en justice, alors que la doctrine majoritaire admet que la personne astreinte au secret professionnel puisse s'y refuser.

1.3.5.2 Le devoir de réserve

Le devoir de réserve est une instruction de retenue que doivent respecter certaines catégories de professionnels. Il relève du statut de la fonction publique et poursuit uniquement les intérêts de l'administration, notamment son efficacité[238]. Il implique « *en quelque sorte un comportement « exemplaire » qui répond à la loyauté due aux institutions et à la déférence à l'égard de la hiérarchie* »[239]. En tant que représentants de la puissance publique, les fonctionnaires sont dès lors tenus de veiller à pondérer leurs propos, que ce soit à l'occasion ou en-dehors de l'exercice de leurs fonctions[240]. Le devoir de réserve restreint donc la liberté d'expression des fonctionnaires. Il leur est prohibé en particulier d'émettre, même implicitement, des critiques - ou ce qui pourrait être perçu, voire même interprété, comme tel - envers leur hiérarchie. Ils doivent aussi s'interdire de dévoiler leur opinion si elle risque de porter préjudice à la considération de l'autorité dont ils relèvent et, par répercussion, à son bon fonctionnement. A notre sens, le devoir de réserve se situe à un degré inférieur par rapport au secret de fonction, non seulement car son champ d'application *rationae materiae* est plus vaste, mais également car sa violation n'est pas passible de sanction pénale, mais disciplinaire.

A titre d'exemple, on trouve cette prescription de modération à l'article 17 du Règlement des établissements de détention du canton du Jura[241], dont la note marginale s'intitule précisément « devoir de réserve ». Cette disposition enjoint le surveillant à ne pas parler avec les détenus d'une affaire pénale en cours et à ne procéder à aucune démarche autre que celle nécessaire au fonctionnement de l'établissement. Dans l'exercice de ses fonctions, l'agent de détention se voit toutefois fréquemment sollicité par les détenus pour qu'il prête une oreille attentive à leurs récits[242] et échange quelques mots à leur propos[243]. Dans ce cadre, il ne pourra pas lui être reproché de violer son devoir de réserve, tant et aussi longtemps qu'il maintient la distance adéquate et s'abstient de contester, même indirectement, les décisions de l'institution étatique dont il est l'employé.

1.4 Conclusion liminaire

Nous souhaitons conclure sur une boutade : s'il est particulièrement complexe de clarifier les notions qui nous ont occupée jusqu'à présent, c'est aussi et peut-être surtout que ni la doctrine, ni la jurisprudence, et encore moins la loi ne les ont précisément définies. Le législateur, en particulier, les confond régulièrement. Il édicte en effet des dispositions qui

[238] MARCELLI (2000), p. 12.
[239] MONCET /MERSCH (2001), p. 153.
[240] ROSENCZVEIG/VERDIER (1999), p. 46.
[241] Règlement des établissements de détention du 24 septembre 1991 (RSJU 342.111).
[242] A ce propos, cf. MBANZOULOU (2000), pp. 235-238
[243] SENN GROMELLE/DE AGAZIO (1999), p. 67.

renferment plusieurs de ces notions, sans toujours tenir compte du sens qu'il a pourtant lui-même donné à certaines d'entre elles. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer par exemple à l'article 17 de l'Ordonnance concernant la commission fédérale compétente en matière d'installations nucléaires[244]. Cette disposition énonce quatre notions différentes - ci-après surlignées - pour imposer le secret de fonction aux membres de cette commission, ériger l'autorité compétente pour les en délier et protéger les données qui résultent de leurs travaux.

> *Art. 17 Caractère confidentiel*
> *[1] Les délibérations de la commission, de ses comités et de ses groupes spécialisés ne sont pas publiques. Les propos tenus et les documents sont confidentiels pour autant que l'intérêt public au maintien du* ***secret*** *prédomine.*
> *[2] Les membres de la commission et les autres personnes présentes aux séances sont tenus de respecter les prescriptions applicables au personnel fédéral en matière de* ***secret professionnel*** *et d'obligation de témoigner.*
> *[3] L'autorité supérieure au sens de* ***l'art. 320, ch. 2****, du code pénal est le département.*
> *[4] Le* ***devoir de réserve*** *demeure pour les personnes qui ne sont plus membres de la commission.*

La teneur de cette disposition a pourtant été modifiée avec l'entrée en vigueur, le 1er février 2005, du chiffre 1 de l'annexe 7 à l'Ordonnance sur l'énergie nucléaire[245]. L'écart entre l'alinéa 2, qui institue erronément un *secret professionnel* pour les personnes mentionnées et l'alinéa 3, qui prévoit pour sa levée la compétence de l'*autorité hiérarchiquement supérieure*, nous laisse songeuse. La formulation de cette disposition n'est décidément pas très heureuse. Elle s'écarte au demeurant de la version allemande, qui use à bon escient et invariablement de la même notion[246]. Il est dès lors regrettable que le législateur entretienne de la sorte les confusions, en ne satisfaisant pas à une terminologie plus précise et définitivement uniformisée.

[244] Ordonnance concernant la Commission fédérale de la sécurité des installations nucléaires du 14 mars 1983 (RS 732.21).
[245] Ordonnance sur l'énergie nucléaire du 10 décembre 2004 (OENu ; RS 732.11).
[246] C'est-à-dire : « *(Amts)verschwiegenheit* ».

2 REFLEXIONS AUTOUR DE LA PRISON

2.1 Survol historique

L'histoire de la prison fait l'objet d'une riche littérature[247]. Il n'est dès lors pas dans notre intention de décliner ici une historiographie exhaustive de cette institution. Nous nous contenterons simplement de rappeler que l'enfermement fut jusqu'au siècle des Lumières réservé aux mauvais payeurs et aux mendiants - aux pauvres d'entre les pauvres - ainsi qu'aux étrangers, aux prisonniers de guerre ou encore aux condamnés à mort graciés[248]. Elle était pour les uns un moyen de les maintenir à la disposition de la cour avant leur procès, et pour les autres la traduction de la volonté du souverain, *via* la lettre de cachet[249].

La prison trouve donc sa raison d'être pénale sous la plume de quelques philosophes éclairés[250]. Le marquis Cesare BECCARIA[251] fut le premier à l'invoquer en remplacement de la peine capitale, considérée comme inutile, non exemplaire et pas nécessaire[252]. Elle répondait à l'obligation de punir en privant l'homme de sa liberté, nouvellement élevée au rang de « *bien le plus précieux* »[253]. La peine d'emprisonnement consécutive à une condamnation pénale est alors considérée « *comme une alternative humanitaire à la peine de mort et aux châtiments corporels* »[254].

Jusqu'au milieu du vingtième siècle, la prison pour peine « *se suffit à elle-même* »[255] et ne fait que rarement l'objet d'une attention particulière, sinon au travers des visites et des études consécutives de certains visionnaires humanistes, tels que l'anglais John HOWARD, *High Sheriff* du comté de Bedford[256]. Elle est un lieu particulièrement fermé, au sein duquel

---

[247] Voir exemple DEYRON (1975); PERROT (1980); PETIT (1990); PETIT/CASTAN/FAUGERON/MICHEL/ZYSBERG (1991). Pour une lecture historique de l'institution carcérale à-travers le prisme de ses différentes réalisations architecturales, cf. ROTH/ROBERT (1980). Pour des références historiques sur l'emprisonnement tel qu'il est conçu notamment en Suisse romande entre la fin du dix-huitième et le début du vingtième siècle, cf. notamment BOLLE (1973) pour le canton de Neuchâtel ; ROTH (1981) pour le canton de Genève et ANSELMIER (1983 ; 1993) pour le canton de Vaud.

[248] COMBESSIE (2004), pp. 7s.

[249] CASTAN (1984), pp. 31-35.

[250] SELLIN (1967), p. 100; DUPRAT (1980), pp. 66-68.

[251] Sur l'œuvre et le rayonnement de BECCARIA, on lira avec intérêt PRADEL (1991), en particulier pp. 24-39; PORRET (2003) et les textes le concernant rassemblés dans l'ouvrage collectif dirigé par ce dernier : PORRET (1997).

[252] Avec son traité intitulé « *Des délits et des peines* », publié en 1764. Cf. BECCARIA (rééd. 1991). Sur les raisons invoquées par BECCARIA dans son traité pour substituer l'emprisonnement à la peine de mort, cf. SELLIN (1967), pp. 101-103.

[253] JACQUARD/AMBLARD (1993), p. 154.

[254] LEMIRE (1993), p. 61.

[255] LEMIRE (1993), p. 62.

[256] Sur la vie et l'œuvre de HOWARD, cf. notamment KREBS (1978); RADZINOWICZ (1978) et CARLIER/PETIT in HOWARD (trad. nouvelle et éd. critique de 1994), en particulier pp. 23-43 et pp. 539-544.

survivent des détenus issus des classes dites « *laborieuses et dangereuses* »[257] et/ou du « *grand renfermement* »[258], réifiés et tributaires de l'arbitraire de l'administration.

C'est seulement à l'issue de la deuxième guerre mondiale que l'institution carcérale connaît en Europe de sérieux bouleversements. A la faveur des revendications de ceux qui l'ont connue sous l'occupation, une réflexion est entamée sur le statut des personnes incarcérées et sur leurs conditions de détention[259]. De vastes projets de réforme sont entrepris et certains aboutissent[260]. Progressivement, l'institution carcérale s'ouvre sur l'extérieur[261], se « *décloisonne* »[262] et « *s'humanise* »[263], notamment sous l'impulsion d'instruments supranationaux[264]. Des droits subjectifs sont reconnus aux détenus[265], leur sort est sensiblement amélioré et le pouvoir discrétionnaire de l'administration pénitentiaire se voit partiellement codifié[266]. De nouveaux professionnels pénètrent l'enceinte de la prison pour prêter main forte à l'œuvre de « (ré)éducation » désormais assignée à la prison et des peines alternatives à l'incarcération sont recherchées, parfois même mises en oeuvre.

Durant deux décennies, les taux d'incarcération restent stables, tant sur le vieux que sur le nouveau continent. Cette tendance va néanmoins très rapidement s'inverser, des deux côtés de l'Atlantique[267]. Dès la fin des années septante en effet, plusieurs gouvernements adoptent notamment une politique d'incarcération et d'allongement des peines quasi systématique[268],

---

[257] IGNATIEFF (1984), p. 12.

[258] En France en effet, la *peine d'emprisonnement correctionnel* du Code Napoléon se substitue aux anciennes pratiques d'enfermement des pauvres, des vagabonds, des prostituées et des aliénés dans les Hôpitaux Généraux et les dépôts de mendicité. Sur ce point, cf. notamment FOUCAULT (1975); FAUGERON/LE BOULAIRE (1992), pp. 12s; MARCHETTI (1997), pp. 25ss et SENON (1998*a*), pp. 162s. En Grande-Bretagne, une majorité des détenus provient des *Working Houses*.

[259] FAVARD (1987), pp. 15s; O'BRIEN (1995), p. 218; REYNAUD (1995), pp. 25s; BOLLE (2001), p. 154.

[260] Par exemple en France, la réforme AMOR de 1945, profondément inspirée des travaux de CANNAT (1942 ; 1949) et dont le mouvement de la *Défense sociale nouvelle* de Marc ANCEL (rééd. 1981) s'inscrira dans la continuité (ANCEL (1959), pp. 301-305), ainsi que la réforme LECANUET, en 1975. Toutes deux ont néanmoins été freinées par une série d'obstacles, d'ordre idéologique et structurel notamment, tel que le relèvent SEYLER (1980) et FROMENT (1994). Ce dernier en particulier rend compte du trouble qui caractérise à cette époque les politiques dans leurs tentatives de légitimation de l'institution carcérale. En Suisse, il s'est agi de la révision de 1971 : cf. CONSEIL FEDERAL, *Message à l'appui d'un projet de loi révisant partiellement le code pénal* du 1er mars 1965 ; FF 1965 I 569.

[261] SEYLER (1985) parle d'« *affaiblissement de la clôture* ».

[262] SYR (1990), pp. 116ss; FAVARD (1995), p. 190; BLANC (1998); COMBESSIE (1996*a*) et (2000), p. 69.

[263] GARAPON/SALAS (2001), p. 165. Sur les limites de ce processus d'« *humanisation* », cf. SYR (1991), pp. 74-78.

[264] A commencer par l'Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants le 30 août 1955 à Genève.

[265] DAGA (1992), p. 162.

[266] Tel est le cas par exemple en France en matière disciplinaire. A ce propos, voir CÉRÉ (1994).

[267] Sur les raisons historiques, politiques, socio-économiques et/ou pénologiques de ce renversement de tendance, en particulier aux Etats-Unis, en Angleterre et en France, lire notamment MATHIESEN (1990); WACQUANT (1999); GARLAND (2001); CHRISTIE (2003) et la revue de littérature très complète de HUDSON (2002) sur la peine et le contrôle social. Pour des cas d'étude intéressés aux effets de changements politiques majeurs (décolonisation, fin de l'apartheid, chute de l'ex-URSS, réunification allemande, etc.) sur les pratiques et politiques d'enfermement, cf. ARTIERES/LASCOUMES (2004).

[268] Cf. notamment TUBEX/SNACKEN (1995), lesquelles démontrent entre autre le mécanisme d'allongement des peines pour les auteurs d'infractions qualifiées de graves et les récidivistes. Voir également les « *chroniques statistiques* » publiées dans les *Bulletins d'information pénitentiaire* - désormais *Bulletins d'information pénologique* - du Conseil de l'Europe de Pierre TOURNIER, qui fut responsable des programmes européens SPACE I et II (Statistique Pénale annuelle du Conseil de l'Europe). Les enquêtes 2002 et 2003 SPACE I ont été

de telle sorte qu'au début du vingt-et-unième siècle, la privation pénale de liberté demeure la peine de référence dans de nombreux pays[269].

2.2 Fonctions de la peine privative de liberté et finalités attribuées à son exécution

Il convient de distinguer les différentes fonctions de la peine, notamment privative de liberté, de celles attribuées à son exécution, quand bien même l'un et l'autre examen sont étroitement liés puisque des fonctions reconnues à la peine découlent en partie les objectifs assignés à son exécution.

Quelque soit **la peine** dont il est question, elle peut être qualifiée de « *plurifonctionnelle* »[270]. Les fonctions qui lui sont traditionnellement dévolues sont en effet multiples ; la reconnaissance qui leur est accordée dépend directement de leur contexte spatio-temporel. Ces principales fonctions consistent tour à tour - sans jamais toutefois que l'une ou l'autre ne s'efface totalement au profit des autres - en la *rétribution*, la *prévention*, l'*élimination*, la *resocialisation* et la *réparation*[271].

Très succinctement, on peut dire de la rétribution qu'elle vise à infliger à l'auteur de l'infraction un mal équivalent à celui qu'il a commis, « *conformément à l'idéologie du talion* »[272]. La prévention est dite générale lorsqu'elle tend à prévenir la commission par d'autres personnes d'infractions semblables à celles déjà commises. Elle est qualifiée de spéciale, lorsqu'elle cherche à prévenir la commission d'une nouvelle infraction par la même personne, le condamné, c'est-à-dire à prévenir sa récidive[273]. L'élimination consiste plus à ce jour en la « *neutralisation* », c'est-à-dire en la « *mise hors d'état de nuire* » du condamné[274]. Dans sa conception la plus rigoureuse[275], elle peut être synonyme de prison à vie, voire de peine capitale. A la réhabilitation nord-américaine, la doctrine européenne substitue généralement les termes de « (ré)intégration », de « (ré)insertion (sociale) » ou de

---

réalisées par Marcello AEBI et sont disponibles sur le site du Conseil de l'Europe, http://www.coe.int/, rubriques : Affaires juridiques/Coopération juridique/Emprisonnement et alternatives. D'autres facteurs bien entendu participent de l'« *inflation carcérale* », par exemple la baisse des libérations conditionnelles. A ce propos, cf. notamment TOURNIER (1998 ; 2002 ; 2004).

[269] DÜNKEL/VAN ZYL SMIT (2000), pp. 796-816. Pour une analyse critique de différents facteurs qui président au maintien de la prison « *au cœur de l'arsenal punitif* », lire CARTUYVELS (2002).

[270] Nous empruntons cette expression à DUMONT (1993), pp. 103ss qui fait référence à la « *théorie multifonctionnelle de la peine* » élaborée par les instances judiciaires canadiennes.

[271] Qui sont autant de formules auxquelles sont préférées d'autres, telles que l'expiation, la dissuasion, l'intimidation, la neutralisation, la rédemption, l'amendement, la restitution, la restauration et la (ré)conciliation, suivant l'époque et le lieu, mais aussi la manière qu'ont les auteurs d'exposer les fonctions de la peine. A ce propos, cf. ROBERT/KELLERHALS/LANGUIN/WIDMER/PONCELA/BOGGIO/PATTARONI/COUMANNE (2001), pp. 21ss qui dégagent cinq façons de présenter les diverses fonctions de la peine. Sur la polysémie de ces notions, cf. LAZERGES (2000).

[272] PRADEL (1991), p. 10.

[273] Sur les notions de prévention générale et spéciale, cf. notamment KILLIAS (2001*a*), pp. 437ss et pp. 477ss ; (2002), pp. 483ss.

[274] CUSSON (1987), p. 125 et (2005), p. 134.

[275] Mise en oeuvre par exemple dans certains Etats américains, dans le cadre d'une politique criminelle néo-libérale qui prône notamment la « *zero tolerance* ».

« (re)socialisation »[276]. Il n'est pas dans la littérature de véritable consensus quant à l'emploi de ces dernières notions, ni quant à leur contenu. Dans l'absolu, la dernière formule tend à concrétiser les deux premières. On parle alors de processus de (re)socialisation visant à la (ré)intégration et/ou à la (ré)insertion du condamné. Enfin, la réparation peut être conçue « *directement au profit de la victime ou indirectement par le biais de l'action utile à la société* »[277]. C'est précisément dans son sillage que s'inscrivent plusieurs tentatives de rapprochement auteur-victime et eu égard à cette finalité que des programmes de (ré)conciliation, de médiation et de résolution des conflits, en milieu carcéral notamment, ont été élaborés et expérimentés[278].

S'agissant de **l'exécution de la peine privative de liberté**, elle poursuit en Suisse trois objectifs, énoncés à l'article 37 CP et précisés par la jurisprudence. Suivant la lettre de cette disposition, il s'agit de la (re)socialisation du délinquant[279], de sa préparation au retour à la vie libre et de la réparation du tort causé au lésé[280]. La jurisprudence récente met quant à elle l'accent sur la prévention de la récidive du condamné[281]. La prévention spéciale l'emporte donc désormais sur la prévention générale[282].

Il peut se poser la question de savoir si les objectifs dictés par la loi à l'exécution de la peine privative de liberté se situent sur un pied d'égalité. Typiquement, si l'objectif de réparation est clairement mentionné dans la loi depuis 1993, il apparaît qu'il n'a pas été suivi des moyens nécessaires à sa concrétisation. D'une part, rares sont les législations cantonales qui le

---

[276] La parenthèse renvoie au débat récurrent relatif à la question de savoir si le condamné était ou non déjà intégré/inséré/socialisé avant son incarcération.

[277] PELISSIER (1993), p. 304. Sur la finalité réparatrice de la peine, cf. également NEYS/PETERS (1996).

[278] Cf. à ce propos notamment KILLIAS (2001*b*), p. 204, n° 1314; VALLOTTON (2001) et BAUER (1997) ainsi que les deux projets pilotes y relatifs : celui de l'établissement pénitentiaire de Saxerriet, dans le canton de St-Gall et le projet TaWI (*Tataufarbeitung und Wiedergutmachung*), concernant l'ensemble des autorités pénitentiaires du canton de Berne. Ces deux projets sont décrits par KNOEPFLER (2001), pp. 108-111 et ont fait l'objet de rapports d'évaluation et/ou d'études de faisabilité, disponibles sur le site officiel de l'Office fédéral de la justice : http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home.html, rubriques : Exécution des peines et mesures/Projets pilotes/Projets pilotes achevés. A noter encore que plusieurs praticiens ont récemment rédigé leur mémoire sur cette question, attestant de la sorte un intérêt certain des professionnels en la matière. Voir en particulier les travaux de diplôme des surveillants du Centre suisse de formation pour le personnel pénitentiaire João BASEIA, intitulé « *La médiation pénale* », 2002 et Nadia VOUILLOZ/Gérald CRETTAZ sur « *La médiation en milieu carcéral* », 2003, ainsi que le travail final de formation approfondie à la médiation, prévention et gestion des conflits (FAM) du GroupementProMediation de Valentine SCHAFFTER et Arlène WEINGART, intitulé « *La médiation pénale en milieu carcéral* », 2004. Pour des exemples de projets de réparation en milieu carcéral belge, cf. ROBERT/PETERS (2002) et BUONATESTA (2004).

[279] Tel que le souligne AEBERSOLD (1998), pp. 50-53, la formulation de l'art. 37 CP selon laquelle la peine privative de liberté doit être exécutée « *de manière à exercer sur le détenu une action éducative* », « *doit être considérée comme dépassée* ». Aussi lui a-t-on préféré le terme de « *resocialisation* », quand bien même elle présente aussi des ambiguïtés, notamment quant à sa portée et à son réalisme. A ce propos, cf. également BAECHTOLD (2005), pp. 32s. Sur l'évolution du concept de (re)socialisation et les philosophies qui le sous-tendent, cf. WEBSTER (1998), pp. 183-188, laquelle distingue bien le *modèle positiviste* de la (re)socialisation et l'intervention curative, correctrice et plutôt paternaliste qu'il suppose de son *modèle contemporain*, basé sur la participation active du condamné, reconnu désormais en tant que sujet de droits et dont il est *attendu* qu'il endosse la responsabilité de sa prise en charge, en regard d'une philosophie qui plaide en faveur de la « *normalisation* » et tend, en filigrane, non pas à la (re)socialisation, mais plutôt à la « *non-désocialisation* ». Sur cette dernière notion, cf. également SCHUH (1987), p. 172.

[280] SONNENBERG (2004), pp. 150s.

[281] Cf. notamment les ATF 118 IV 337 et 118 IV 342.

[282] Cf. également BRÄGGER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 426, n°12 et pp. 437s, n°1; PIGNAT/KUHN (2004) pp. 255-257 et références citées par ces auteurs.

rappellent[283]. D'autre part, sinon les deux projets pilotes susmentionnés (bernois et st-gallois), il n'existe que peu de programmes prévus à cet effet dans les établissements[284]. En conséquence, et tel que le démontre AEBERSOLD, l'on peut dire qu'il existe une sorte de hiérarchie informelle desdits objectifs, développée par la pratique et inhérente à chaque établissement[285]. Ce constat s'inscrit tout à fait dans la conception helvétique d'une exécution "plutôt pragmatique" des peines privatives de liberté.

S'agissant des cantons romands et du Tessin en particulier, les objectifs prescrits par le Code pénal sont étayés à l'article premier du Règlement de la Conférence latine des chefs des Départements de justice et police (CLDJP) sur le régime progressif[286]. Celui-ci prévoit que l'exécution tend en particulier à « *a) améliorer le comportement social du condamné, en particulier son aptitude à vivre sans commettre d'infraction; b) à répondre de manière adéquate au besoin de protection de la collectivité, du personnel et des codétenus; c) à favoriser la réparation du tort causé au lésé; d) mettre en œuvre les peines accessoires et autres mesures ordonnées dans le jugement* ». Cette disposition n'opère pas non plus de hiérarchie entre les différents buts poursuivis.

En l'absence d'un signal fort privilégiant l'un ou l'autre de ces buts aux dépens des autres, certains auteurs concluent que l'objectif de resocialisation passe au second plan[287], sans toutefois qu'il soit clairement admis - et « *idéologiquement assumé* »[288] - qu'il en soit ainsi[289]. Force est de constater qu'en Suisse le législateur n'est précisément pas parvenu à prendre position dans le cadre de la refonte du Code pénal. La formulation de l'alinéa premier de l'article 75 nCP atteste en effet de l'accuité du dilemme. Pire, en renonçant « *à définir le but proprement dit de l'exécution des peines privatives de liberté* »[290], le législateur sème à notre sens la confusion et dilue plus encore qu'elle ne l'est déjà la seule finalité "teintée d'humanisme" attribuée à l'exécution de la peine de prison[291]. Nous y reviendrons dans le

[283] Voir par exemple l'art. 7 du Règlement des détenus et des internés des Etablissements de Bellechasse du 9 décembre 1998 (RSF 341.1.12).

[284] BAECHTOLD (2001), p. 659; BRÄGGER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), pp. 439s, n°5. Notons par ailleurs que la réparation du tort causé au lésé ne figure plus en tant que finalité de l'exécution de la peine privative de liberté dans le Code pénal révisé, mais en tant que méthode d'exécution, *via* l'élaboration du plan d'exécution de peine, lequel peut notamment porter sur la *réparation du dommage* (art. 75 al. 3 nCP).

[285] AEBERSOLD (1973), pp. 171-173.

[286] Règlement (n° R-2/1) de la Conférence latine des chefs des Départements de justice et police (CLDJP) concernant le régime progressif de l'exécution des peines et de l'internement des délinquants d'habitude du 27 octobre 2003.

[287] Par exemple, RODRIGUES (1999), p. 160 substitue à l'objectif de (re)socialisation celui « *d'éviter la désocialisation* », finalité qui se traduit dans le nouveau Code par la lutte « *contre les effets nocifs de la privation de liberté* ».

[288] COMBESSIE (1994), p. 629.

[289] Contrairement d'ailleurs aux instruments supranationaux qui avancent clairement le but de resocialisation. Cf. notamment la règle 3 de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes, aux termes de laquelle les « *buts du traitement des détenus doivent être de préserver leur santé et de sauvegarder leur dignité et, dans la mesure où la durée de la peine le permet, de développer leur sens des responsabilités et de les doter de compétences qui les aideront à se réintégrer dans la société, à vivre dans la légalité et à subvenir à leurs propres besoins après leur sortie de prison* » et l'art. 10 ch. 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 selon lequel « *le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social* ».

[290] FF 1999 1787, 1919.

[291] Doit-on y voir également la raison principale pour laquelle le législateur helvétique se révèle très réservé quant à l'unification du droit de l'exécution des sanctions dans une loi fédérale spécifique ? La question, soulevée à l'époque et en des termes voisins par BOLLE (1975*a*), p. 24, demeure à l'heure actuelle encore ouverte.

cadre de quelques remarques prospectives relatives à la prise en charge des personnes incarcérées[292].

2.3 Le dilemme de la prison

A défaut d'une hiérarchisation légale claire des objectifs poursuivis par l'exécution de la peine, le dilemme qui caractérise son double mandat, à la fois (re)socialisateur et sécuritaire, demeure irrésolu[293]. Ce conflit d'objectifs[294] caractérise profondément l'institution carcérale.

Eu égard aux finalités dictées par la loi à l'exécution de la peine, la prison a pour but de (re)socialiser les détenus, c'est-à-dire d'agir sur eux de telle sorte qu'ils ne récidivent pas à leur sortie, et de les inciter à réparer les dommages résultant de la commission de l'infraction. Elle doit par ailleurs contenir « *dans l'ordre* »[295] la population qu'elle héberge, pour honorer la sanction infligée au nom de la société. Si elle remplit généralement ce dernier mandat[296], les évasions se faisant rares, d'aucuns constatent toutefois qu'elle échoue régulièrement dans les deux premiers[297]. L'institution carcérale marque en effet les chairs et les esprits[298] et n'est pas le lieu privilégié d'une prise de conscience de ses responsabilités et d'un apprentissage favorisant l'adoption d'une nouvelle conduite, respectueuse des normes juridiques et sociales[299]. Il s'avère en effet particulièrement malaisé d'exiger des détenus qu'ils se réapproprient une liberté soucieuse de celle des autres, alors même qu'ils en sont précisément privés[300]. Dans ces conditions, les objectifs poursuivis par l'exécution de la peine se situent en porte-à-faux avec les caractéristiques de l'institution destinée à encourager leur réalisation. Aussi faut-il constater avec BOLLE que son « *bilan est pour le moins contrasté* »[301].

Considérant ce constat mitigé, d'aucuns estiment au final que la principale mission de la prison pénale consiste en le maintien de l'ordre et de la sécurité publics. Elle est dès lors considérée « *avant tout [comme] un dispositif de sûreté* »[302], un instrument de mise à l'écart et de « *gardiennage* »[303], et sa vocation resocialisatrice, par laquelle est visé le « *bien* » du condamné, n'est rien d'autre que le symbole de son « *mythe fondateur* » qui permet de la rendre "acceptable"[304]. Dans cette perspective, la prison est un moyen parmi d'autres au

[292] Cf. *infra*, partie II, pt. 1.5.3.
[293] PEDRAZZINI (1980), p. 59.
[294] WALDMANN (1968) use de la formule « *Zielkonflikte* ».
[295] Cf. par exemple l'ATF 106 Ia 277, 281 et 288.
[296] Comme le relève COMBESSIE (1998), p. 114, il apparaît d'ailleurs que se soit le seul mandat sur lequel l'ensemble des intervenants pénitentiaires trouve un consensus. Tous en effet « *s'accordent sur ce point, même si, en a parte, certains agents - et de groupes différents - soulignent qu'ils auraient quelque indulgence à l'égard d'un détenu qui réussirait à s'évader- sans violence, cela va de soi* ».
[297] A ce propos, et en particulier par rapport à la mission de (re)socialisation - ici (ré)insertion - confiée à la prison, lire les différents sens que lui accordent les acteurs (personnels, détenus et juges de l'application des peines) qui gravitent dans et autour des établissements français du programme 13'000 in : PONCELA et al. (2000).
[298] GONIN (1991); WELZER-LANG/MATHIEU/FAURE (1997), pp. 88ss.
[299] VARAUT (2000), p. 178
[300] SCHUH (1987), p. 32; ROSTAING (1997), pp. 294s.
[301] BOLLE (2001), p. 160.
[302] FAUGERON/LE BOULAIRE (1992), p. 7.
[303] KELLENS (2000), p. 189.
[304] FAUGERON/LE BOULAIRE (1992), p. 27. De ce point de vue, dit CHANTRAINE (2004*a*), p. 64 « *la mission de réinsertion (…) constitue un puissant outil de légitimation sociale des pratiques d'enfermement mais empêche d'apprécier le fonctionnement concret des prisons. Cela ne signifie pas que les tentatives de correction, de*

service de l'ordre public, lequel constitue également un moyen parmi d'autres de sauvegarde des libertés des citoyens. Elle est alors appréhendée comme ne pouvant pas « *avoir d'objectif* ***propre*** [nous soulignons], *(…) mais qu'un seul objectif, déterminé de l'extérieur car relevant directement de l'autorité de l'Etat, la garde des détenus dans une enceinte close* »[305].

En sociologie des organisations, ETZIONI développe aussi partiellement sous cet angle le rattachement de la prison à l'un de ces types d'organisation[306]. La plupart des prisons sont pour lui en effet essentiellement des organisations « *coercitives* », notamment car leur principal objectif consiste en le maintien du « *binôme ordre et sécurité* »[307]. Plusieurs auteurs y voient d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la prison obéit à une logique inverse - « *asymétrique* » - à celle qui gouverne nos rapports à l'interdit au sein de la société libre : hors les murs, tout ce qui n'est pas prohibé est autorisé ; en les murs, tout ce qui n'est pas expressément permis est défendu[308].

2.4 Remise en question de l'institution carcérale

A partir des années 1970, dans la foulée d'un mouvement critique qui balaie toute l'Europe[309] mais également en raison de la répétition de graves événements dans plusieurs établissements, l'appareil pénitentiaire se voit profondément remis en question[310]. Depuis lors, tant les finalités de la prison que les moyens qu'elle met en œuvre pour les atteindre sont critiqués.

---

normalisation, d'insertion, de traitement ne jalonnent pas l'histoire de la prison pénale, mais que, structurellement, la prison est et restera un lieu de garde et de châtiment, et doit être analysée comme telle ». Dans le même sens, voir également FRANÇOIS (1981), pp. 88-90 pour lequel l'institution carcérale « *doit d'abord et avant tout assurer la mise en dépôt de ses pensionnaires* », le « *plus discrètement possible* », de façon « *rationnelle et légitime aux yeux du public, c'est-à-dire économique et efficace* » tout en respectant « *certaines règles éthiques et humanitaires* ».

[305] FAUGERON (1996*a*), p. 39.

[306] ETZIONI (1975) dégage une typologie tryptique des organisations - coercitive, normative et utilitaire - sur la base de deux critères essentiels : le pouvoir et l'engagement personnel de ses membres.

[307] ETZIONI (1975), en particulier pp. 27ss et pp. 116ss. Dans le même sens, cf. FAVARD (1987), pp. 91s et (1994), p. 78; RODRIGUES (1999), p. 160. Dans le prolongement des travaux d'ETZIONI, LEMIRE (1990), pp. 84s, distingue deux types d'établissements distincts : les « *institutions sécuritaires traditionnelles* », de nature « *coercitive* », et les « *établissements préoccupés avant tout [par la] rééducation et [la] réinsertion* », de nature « *normative* ». L'établissement à sécurité maximale relève de la première catégorie, alors que certaines institutions pour mineurs délinquants, même fermées, relèvent plus de la seconde catégorie. Il constate cependant que la majorité des établissements pénitentiaires occidentaux (p. 88) « *se sont efforcés d'ajouter un deuxième objectif, la rééducation, à leur vocation initiale, l'ordre et la sécurité* » (établissements qu'il qualifie de « *mixtes* »), alors même qu'il demeure « *une incompatibilité fondamentale entre les deux types d'établissements, du genre de celle qui existe entre le totalitarisme et la démocratie* », pour conclure en dernière analyse qu'il devrait être un seul choix d'orientation, soit (p. 125): « *l'entreposage ou la rééducation* ».

[308] FAUGERON (1996*a*), p. 39; CHAUVENET (1996), p. 52; ROSTAING (1997), p. 113.

[309] En France notamment, on pense bien entendu au Groupe d'Information sur les Prisons (G.I.P.) et aux travaux de Foucault. Le G.I.P a fonctionné entre février 1971 à décembre 1972. A son propos, voir FOUCAULT (éd. 1994*b*) et ARTIERES/QUERO/ZANCARINI-FOURNEL (2002). Quant à la majeure partie des travaux de FOUCAULT, ainsi que ses démarches militantes, telles que la rédaction de tracts ou de manifestes, ils sont réunis dans quatre volumes intitulés « *dits et écrits* »: cf. FOUCAULT (éd. 1994*a*, 1994*b*, 1994*c* et 1994*d*). Sur l'engagement militant de FOUCAULT, ses rapports avec d'autres champs d'études, son œuvre et en particulier son ouvrage de référence sur la prison, « *Surveiller et punir* », lire le numéro pluridisciplinaire de la Revue *Sociétés & Représentations* qui lui est consacré et en particulier les textes de MAUGER (1996); LASCOUMES (1996); YVOREL (1996); PETIT (1996); CASADAMONT (1996) et SALAS (1996). Cf. également BOULLANT (2003).

[310] Cf. notamment les perspectives abolitionnistes de HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1982) et MATHIESEN (1990). Lire également JACQUARD/AMBLARD (1993).

En particulier, il lui est reproché en amont d'être le réceptacle des strates sociales les plus démunies[311] et en aval de (re)produire des effets contraires à l'objectif de (ré)insertion des détenus qu'elle est pourtant censée poursuivre[312]. Elle est dénoncée comme l'instrument de contrôle par excellence des personnes les plus marginalisées, puisque sont surreprésentés en son sein les étrangers[313], les illettrés, les chômeurs, les toxicomanes et les personnes souffrant de troubles psychiques[314]. Il lui est reproché de renforcer les inégalités sociales en paupérisant plus encore à sa sortie ceux qui l'ont subie[315]. Dans le prolongement de l'analyse de GOFFMAN, selon laquelle la prison est une institution « *totalitaire* »[316] qui recourt à des « *techniques de mortification* », plusieurs auteurs considèrent que ses effets sont « *pathogènes* », qu'elle touche irrémédiablement au corps et au psychisme des détenus[317] et qu'elle brise les plus résistants[318]. D'aucuns soulignent en outre qu'elle baigne dans l'« *inertie* »[319] et demeure un temps de «*vacuité* »[320]. Plus généralement, il est pointé du doigt qu'elle plie sous ses « *déficits de légitimité démocratique* »[321], d'où sa perpétuelle quête de sens. Dans ces conditions, nombreux sont ceux qui plaident qu'il est grand temps de « *désincarcérer la prison* »[322].

Aux côtés des écrits scientifiques, des livres-témoignages - plus ou moins virulents et plus ou moins romancés - sont publiés. D'anciens condamnés[323], des surveillants[324], des soignants pénitentiaires[325], des visiteurs de prisons[326] ou des proches de détenus[327] dénoncent tour à

---

[311] RUSCHE/KIRCHHEIMER (rééd. trad. 1994). L'étude de MARCHETTI (1997) constitue sans doute la plus aboutie sur le problème, en milieu carcéral français à l'aube du 21e siècle, de la pauvreté entendue au sens large, c'est-à-dire non seulement économique et matérielle, mais également affective, éducationnelle et culturelle, notamment. Sur l'indigence en prison, lire également l'analyse de IGNATIEFF (1978). Bien qu'elle traite du système pénitentiaire anglais dans ses rapports avec la révolution industrielle (1750-1850), elle demeure encore à l'heure actuelle riche d'enseignements en la matière.

[312] VARAUT (1972); VERNIER (2002).

[313] Pour WACQUANT (1999*a* ; 1999*b*), il existe une corrélation positive entre la surreprésentation des étrangers dans les différents lieux de détention et la « *tentation de la gestion pénale* » et pénitentiaire de la misère en Europe. Dans le même sens, BOE/MARTINEZ (2004).

[314] PAUCHET (1982); MUCCHIELLI (1993); BERCHER (1995). Dans le prolongement des travaux de FOUCAULT et d'IGNATIEFF, et en particulier à partir des questions-clés autour desquelles ces auteurs ont focalisé leur attention (discipline, exclusion, norme), SIM (1990) analyse les relations et l'impact du « *pouvoir médical* » avec/sur la gestion et le contrôle de cette population, dans l'Angleterre de la fin du 18e à la fin du 20e siècle.

[315] MARCHETTI (1998 ; 2004).

[316] GOFFMAN (1968), p. 41 décrit la « *total institution* » comme « *un lieu de résidence et de travail où un grand nombre d'individus, placés dans la même situation, coupés du monde extérieur pour une période relativement longue, mènent ensemble une vie recluse dont les modalités sont explicitement et minutieusement réglées* ». Tel que le souligne COMBESSIE (1996*a*), p. 15 et (2000), p. 71, l'adjectif « *totalitaire* », renvoie à deux grilles de lecture, aussi plusieurs auteurs préfèrent-ils lui substituer celui de « *totale* ». Dans le même sens, voir MARY (1988), p. 99 et MILLY (2001), pp. 23s. Notons en outre que ce concept a été remis en question par plusieurs auteurs, tels que STASTNY/TYRNAUER (1982) qui parlent de « *detotalization* » et LEMIRE (1990) et (1993), p. 61, d'« *un certain effritement* », en raison notamment de la multiplication des rapports entre le dedans et le dehors, de la « *prolifération des privilèges* » ou encore du « *déclin de l'autorité du directeur* ».

[317] BUFFARD (1973); CHANET (1984).

[318] GONIN (1991).

[319] DEMONCHY (2000), p. 184.

[320] LUCAS (1997).

[321] CARTUYVELS (2002), p. 113. Sur la question de l'(il)légitimité de la prison, avant et après jugement, lire notamment FAUGERON (1996*b*).

[322] SALAS (1996), p. 302.

[323] Par exemple, LIVROZET (1976); KNOBELSPIESS (1980); LESAGE DE LA HAYE (1998).

[324] Par exemple, LAMBERT C. (1999)

[325] Par exemple, VASSEUR (2000).

[326] Par exemple, RUTY (2002).

tour la sévérité extrême de certains régimes de détention, la pauvreté du quotidien carcéral, les difficultés d'accès aux soins en prison, la douleur sourde de la séparation avec la famille ainsi que la misère affective et sexuelle des personnes incarcérées. Au-delà des anecdotes et de certains lieux communs qu'ils véhiculent, ces récits traduisent la stigmatisation[328] carcérale et la pénibilité de la vie en prison, tant pour les détenus que pour les intervenants pénitentiaires[329]. Certains témoignages ont dépassé le cercle des initiés pour trouver un écho, souvent relayé par l'industrie médiatique[330], hors de l'enceinte carcérale[331].

Le débat sur l'institution carcérale, ses dysfonctions, ses échecs passés et ceux qu'elle continue d'essuyer est donc permanent[332]. Les critiques d'hier sont souvent celles d'aujourd'hui. Il n'est toutefois pas dans notre intention de nous y attarder plus longuement. En effet, nous nous contentons ici de l'appréhender telle qu'elle se présente à ce jour, transpirant les contradictions, et sous l'angle limité d'une problématique circonscrite.

---

[327] Par exemple, BERANGER (2000).

[328] Telle qu'entendue par GOFFMAN (1975), dans sa relation avec l'identité sociale et personnelle.

[329] Dans le même sens, cf. CARTUYVELS (2002), p. 117 pour lequel « *l'absentéisme et le recours croissant à la grève dans le chef du personnel pénitentiaire soulignent (…) qu'il n'est décidément facile pour personne de vivre la prison* ». Sur cette pénibilité au travail et ses conséquences physiques et psychiques, cf. également AYMARD/LHUILIER (1993), p. 440.

[330] Sur les rapports des médias avec l'univers pénitentiaire, en particulier dans le paysage médiatique français, cf. DÉCARPES (2004).

[331] La parution en l'an 2000 du livre du Docteur VASSEUR et sa récupération par les médias en atteste : son "journal de bord" a non seulement relancé le débat sur les conditions carcérales françaises, mais fut également un élément *parmi d'autres* (DÉCARPES (2004), note 3) qui favorisa la mise sur pied de deux commissions d'enquête, l'une par le Sénat, l'autre par l'Assemblée nationale. Cf. le Rapport de la COMMISSION D'ENQUETE SUR LES CONDITIONS DE DETENTION DANS LES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES EN FRANCE ; HYEST/CABANEL (2000) et le Rapport fait au nom de la COMMISSION D'ENQUETE SUR LA SITUATION DANS LES PRISONS FRANÇAISES ; MERMAZ/FLOCH (2000). Il fut ainsi parlé de l'« *effet Vasseur* ». Cf. par exemple, HERZOG-EVANS (2002*b*), p. 27; CHANTRAINE (2004*b*), p. 3.

[332] Pour reprendre l'intitulé du dossier constitué par LAMEYRE Xavier/SALAS Denis, *Prisons. Permanence d'un débat*, Paris, La Documentation française, Série problèmes politiques et sociaux, n° 902, juillet 2004.

DEUXIEME PARTIE

DES SECRETS INCARCÉRÉS

1 EXECUTION DES PEINES PRIVATIVES DE LIBERTE

1.1 Introduction

La prison est un microcosme sociétal. Aussi la « *société carcérale* »[333] apparaît-elle comme un révélateur de la communauté libre en laquelle elle se fond[334]. En d'autres termes, elle est le « *miroir* » de notre société[335]. D'un point de vue juridique toutefois, son reflet se révèle asymétrique. Comme nous l'avons vu en effet, en les murs, tout ce qui n'est pas expressément permis est interdit et, comme nous le constaterons, toute relation contractuelle telle que conçue en société libre demeure en son sein chimérique[336].

Ultime instrument de la puissance publique, la prison s'avère être le lieu de multiples contraintes. Elle obéit par ailleurs à des logiques contradictoires, dont l'articulation se révèle particulièrement complexe. Elle est enfin un espace de vie, récipiendaire d'actions et d'interactions entre les différentes personnes qui l'occupent, détenus et membres du personnel. Ce chapitre est dédié à l'organisation et au fonctionnement de l'institution carcérale, telle qu'elle est pensée et concrétisée en Suisse. Il présente le cadre légal sur lequel repose l'exécution des peines privatives de liberté, sans toutefois s'y attarder trop longuement, car d'autres s'y sont déjà attelés[337]. Il s'intéresse ensuite aux établissements et aux régimes pénitentiaires. Il porte enfin une attention particulière à la prise en charge des personnes détenues, aux intervenants impliqués dans leur encadrement et à leurs rapports réciproques, "incarcérés".

1.2 Cadre légal

Les bases légales de l'exécution des sanctions relèvent du droit national et supranational. Ce sont donc des dispositions légales et réglementaires, fédérales et cantonales, mais aussi des règles résultant de textes régionaux et internationaux adoptés par la Suisse qui régissent l'exécution des peines privatives de liberté. La jurisprudence fédérale a également précisé le contenu du droit fondamental à la liberté individuelle et les arrêts strasbourgeois « *la situation juridique interne*[338] *du détenu, c'est-à-dire un ensemble de questions liées à l'organisation du*

[333] VACHERET (2001*b*).
[334] COMBESSIE (2004), p. 88. Il n'est dès lors pas innocent, comme le mentionne VAN DIJK (1989), p. 191 que certaines autorités pénitentiaires, fières un temps de leurs établissements, aient aimé à ressasser l'aphorisme selon lequel le degré de civilisation d'une société se mesure en pénétrant dans ses prisons.
[335] CORMIER (1975), p. 309; JACQUARD/AMBLARD (1993), p. 212. Dans le même sens, FAVARD (1987), p. 9.
[336] COMBESSIE (2004), p. 91.
[337] Parmi les auteurs les plus récents, voir en particulier SURBER (1998) et BAECHTOLD (2005).
[338] Par opposition à la « *situation juridique externe du détenu* », laquelle se réfère notamment aux « *questions liées à la sortie* ». Sur ce point, cf. TULKENS F. (2002*b*), p. 251.

régime pénitentiaire et aux conditions de vie au sein des établissements pénitentiaires »[339]. L'ensemble de leurs décisions influent dès lors considérablement sur l'application concrète des règles de droit en prison. Elles concernent plusieurs aspects relatifs à la mise en œuvre de l'exécution de la peine, tels que l'astriction au travail des personnes incarcérées, leurs relations avec l'extérieur et leur prise en charge médicale[340].

1.2.1 Droit fédéral

Aux termes de l'article 123 al. 1er et 2 Cst.[341], la Confédération est compétente pour légiférer en matière de droit pénal et de procédure pénale. L'organisation judiciaire, l'administration de la justice et l'exécution des peines et mesures relèvent en revanche de la compétence des cantons, à moins que la loi n'en dispose autrement.

En 1918 déjà, le Conseil fédéral soulignait combien il est « *malaisé de tracer la limite entre ce domaine et celui du droit pénal* ». Il confirmait définitivement néanmoins que « *c'est à la loi pénale qu'il appartient de fixer le contenu de la peine et ses effets juridiques* »[342] et, en principe, aux cantons de convenir de « *l'organisation et de l'administration pénitentiaires* »[343]. Dès lors en retrait, la Confédération ne joue pas moins un rôle important dans le domaine de l'exécution des sanctions[344]. Il lui revient en effet d'accorder aux cantons les fonds nécessaires à l'aménagement et à la gestion de leur parc pénitentiaire[345]. Elle est donc indirectement, par le biais de subventions, en mesure de leur dicter certaines orientations[346]. Dans le même esprit, seule la Confédération est compétente pour approuver et soutenir des expérimentations - ou « *projets pilotes* »[347] - en ce domaine, notamment en allouant les fonds nécessaires à leur mise en œuvre[348].

---

[339] TULKENS F. (2002*b*), p. 251. Pour une synthèse des principales décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme sur la privation pénale de liberté, cf. TULKENS F. (2002*a*).

[340] Un répertoire par mots-clefs des principales décisions rendues par notre Cour suprême en la matière, entre 1955 et septembre 2004, est disponible sur le site de l'Office fédéral de la justice : http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home.html, rubriques : Exécution des peines et des mesures/Documentation/ Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu materiellen Fragen im Bereiche des Freiheitsentzugs.

[341] Sur cette disposition, cf. notamment AUBERT in AUBERT/MAHON (2003), pp. 985-990, n°s1-14.

[342] CONSEIL FEDERAL, *Message à l'appui d'un projet de code pénal suisse* du 23 juillet 1918 ; FF 1918 IV 1, 7.

[343] Pour CLERC (1965*a*), p. 403, il s'agit là d'une solution « *très diplomatique* ».

[344] KURT (1955).

[345] Art. 123 al. 3 Cst. Cette tâche incombe à la Section Exécution des peines et mesures de l'Office fédéral de la justice. L'octroi des subventions repose sur les bases légales suivantes : Loi fédérale sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures du 5 octobre 1984 (LPPM ; RS 341) ; Ordonnance sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures du 29 octobre 1986 (OPPM ; RS 341.1) ; Ordonnance du DFJP sur les prestations de la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et mesures du 24 septembre 2001 (O DFJP, RS 341.14), ainsi que sur les Directives de l'Office fédéral de la justice sur les subventions du 1er janvier 2005.

[346] VEST in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (2002), pp. 1274s, n°12.

[347] Art. 397bis al. 4 CP et Ordonnance 3 relative au code pénal suisse du 16 décembre 1985 (OCP 3 ; 311.03). Sur les projets pilotes en cours et achevés, lire notamment OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE/SECTION EXECUTION DES PEINES ET MESURES (2003); OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE/SECTION EXECUTION DES PEINES ET MESURES (février 2005), ainsi que les rapports d'évaluation y relatifs, disponibles sur le site de l'Office fédéral de la justice : http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home.html, rubriques : Exécution des peines et mesures/Projets pilotes/Projets pilotes achevés.

[348] Cf. les art. 8-19 LPPM et l'art. 6 OPPM.

Outre la réglementation concernant les prestations versées par la Confédération dans le domaine de l'exécution des peines et mesures, les sources légales fédérales en la matière se résument au Code pénal et aux trois Ordonnances y afférentes[349]. Ces textes réunissent les principes directeurs relatifs à l'exécution des sanctions. Ils concernent en particulier l'aménagement des différentes peines et mesures et leur régime d'exécution, ainsi que les divers types d'établissements[350]. Les législations cantonales prescrivent quant à elles - plus ou moins heureusement - les détails y relatifs. Plusieurs concordats règlent en outre des questions précises en la matière.

1.2.1 Droit concordataire

Aux termes des articles 382 al. 2 et 383 al. 3 CP, les cantons sont autorisés à s'organiser conjointement pour créer et exploiter les établissements destinés à l'exécution des peines et mesures. Aussi se sont-ils alliés par la conclusion de concordats[351] portant notamment sur la gestion et l'utilisation communes des structures dont ils disposent[352].

Conclue en 1944, la première de ces conventions intercantonales concerne la répartition des frais d'exécution des sanctions entre les cantons[353]. Les trois autres concordats, délimités géographiquement[354], prescrivent notamment la destination des établissements concordataires, les critères de placement des détenus en leur sein et les compétences des autorités d'exécution. Une « *conférence* », composée notamment d'un membre de chaque gouvernement cantonal partie à la convention - généralement le chef du département en charge des affaires pénitentiaires - chapeaute la structure concordataire[355]. Il lui incombe en particulier de veiller à la bonne application du Concordat, de statuer en cas de litige et

[349] Ordonnance (1) relative au code pénal suisse du 13 novembre 1973 (OCP ; RS 311.01) ; Ordonnance (2) relative au code pénal suisse du 6 décembre 1982 (OCP 2 ; RS 311.02) et Ordonnance 3 relative au code pénal suisse du 16 décembre 1985 (OCP 3 ; 311.03).
[350] Voir les art. 37ss, 374ss et 382ss CP.
[351] Art. 48 Cst. Nous emploierons ici indifféremment les termes « concordat » et « convention (intercantonale) » quand bien même, comme le soulignent AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *vol. I* (2000), p. 547, n°1563, la terminologie de l'ancienne Constitution a été uniformisée dans la nouvelle. En effet, « *cette dernière ne parle plus que de « conventions intercantonales » (art. 48, 53 al. 4, 172 al. 3, 186 al. 3 et 4, 189 al. 1 let. c Cst.)* ». Pour AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *vol. I* (2000), p. 547, n°1564, « *une convention intercantonale est un accord ressortissant au droit public, conclu entre deux ou plusieurs cantons, qui crée des droits et des obligations pour les cantons signataires (effet obligationnel) et pour les particuliers résidant sur leur territoire (effet normatif ; concordat self-executing*) ».
[352] A ce propos, il est intéressant de relever avec BOLLE (1973), p. 6 que le Conseil d'Etat neuchâtelois, entre 1862 et 1866 déjà, caressait l'idée de s'associer aux autres gouvernements cantonaux romands pour aboutir à la création commune d'un *pénitencier intercantonal*.
[353] Concordat concernant les frais d'exécution des peines et autres mesures du 23 juin 1944 (RS 342).
[354] Concordat entre les cantons de Zurich, Glaris, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-extérieures, Appenzell Rhodes-intérieures, Saint-Gall, des Grisons et de Thurgovie concernant l'exécution des peines et mesures privatives de liberté ordonnées en application du code pénal suisse, ainsi que des mesures privatives de liberté ordonnées en vertu du droit fédéral et cantonal du 19 juin 1975 (Concordat entre les cantons de la Suisse orientale ; RS 343.1) ;Concordat concernant l'exécution commune de peines et mesures selon le code pénal suisse et la législation des cantons de la Suisse du nord-ouest et de la Suisse centrale du 4 mars 1959 (RS 343.2) et Concordat sur l'exécution des peines et mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons romands et du Tessin du 22 octobre 1984 (RS 343.3).
[355] Cf. art. 1er du Concordat de la Suisse orientale (Commission d'exécution des peines) ; art. 17 du Concordat de la Suisse du nord-ouest et centrale (Conférence concordataire) ; art. 3 lit. a, et art. 4, 5 et 6 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin (Conférence latine des chefs des Départements de justice et police ; CLDJP).

d'émettre des directives. Sous réserve des termes et des conditions prescrits, chaque canton signataire est libre de résilier le Concordat auquel il est partie[356]. A l'échelon supérieur, le « *Neunerausschuss* »[357] est l'organe de coordination entre les cantons et les trois Concordats. Il est une des quatre commissions permanentes[358] de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP)[359]. Les organes concordataires et ceux de la Conférence ne sont toutefois en mesure d'exercer qu'une influence toute relative sur l'harmonisation des législations et l'uniformisation des pratiques cantonales dans le domaine de l'exécution des sanctions, puisque leurs décisions revêtent le plus souvent la forme de recommandations et n'ont pas force obligatoire pour les cantons.

Le Concordat de la Suisse romande et du Tessin présente une structure relativement aboutie[360]. Son organe supérieur, la Conférence latine des chefs des Départements de justice et police (CLDJP), est désormais administré par un Secrétaire permanent[361]. Il lui revient des tâches aussi nombreuses que variées, tant en amont (rédaction de documents et rapports, préparation des séances de la Conférence, formulation de propositions, etc.), qu'en aval (surveillance de la bonne exécution des décisions de la Conférence, aide ponctuelle aux cantons signataires, présidence de commissions, représentation dans des groupes de travail et des manifestations scientifiques, etc.) des réunions - annuelles ou sur requête d'un canton[362] - de la Conférence. Une Commission concordataire est également instituée. Elle est notamment chargée d'émettre des propositions utiles à l'application du Concordat à l'attention de la Conférence et de répondre aux questions que celle-ci lui adresse[363]. Enfin, la Commission romande des patronages se voit notamment chargée de coordonner l'action des autorités cantonales dans le domaine de l'assistance post-sentencielle[364]

Par ces conventions et les directives[365] des commissions concordataires, les cantons harmonisent en partie les règles régissant certains aspects particuliers de la vie en détention[366]. En partie seulement, car les législations cantonales sur l'exécution des sanctions et la prise en charge concrète des personnes incarcérées demeurent encore en Suisse très disparates et « *fort peu transparentes* »[367], ainsi que nous pourrons le constater dans les développements qui suivent.

---

[356] Cf. art. 15 du Concordat de la Suisse orientale ; art. 22 du Concordat de la Suisse du nord-ouest et centrale ; art. 34 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin.
[357] Ou *Commission pour l'exécution des peines et les établissements de détention.*
[358] Art. 4 des Statuts de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police, révisés au 13 novembre 2003. L'art. 2 du Règlement concernant les commissions permanentes de la CCDJP, révisé au 19 mars 2004, détaille les mandats de la *Neunerausschuss*.
[359] Site officiel : http://www.kkjpd.ch/
[360] Pour un rapide survol historique des travaux ayant mené à l'adoption en 1966 du premier Concordat romand et du Tessin, puis à l'adoption du second en 1984, cf. PEDRAZZINI (1987); KLOETI (1987).
[361] Art. 3 lit. b, art. 6 al. 2 et art. 7 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin.
[362] Art. 6 al. 3 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin.
[363] Art. 3 lit. c, art. 8 et 9 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin.
[364] Art. 3 lit. d , art. 10 et 11 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin.
[365] Notons toutefois avec RIKLIN (1987), p. 342 que la nature juridique des décisions des commissions concordataires est loin d'être toujours très claire.
[366] Par exemple, le pécule, les congés, l'assistance religieuse, la formation professionnelle et les cours de perfectionnement destinés aux détenus.
[367] BAECHTOLD (2004), p. 61.

1.2.2 Droit cantonal

Les bases légales cantonales relatives à l'exécution des sanctions se caractérisent par leur grand éclectisme, tant en ce qui concerne la forme des actes que leur teneur[368]. Alors que certains cantons ont opté pour une série de normes claires, intégrées dans une loi générale et précisées dans un règlement d'exécution[369], d'autres se contentent de dispositions imprécises, parfois même obsolètes, et dispersées dans plusieurs textes, de niveau normatif distinct. On dénombre ainsi vingt-six corpus de normes d'exécution différents en la matière. Ils réunissent des prescriptions sur lesquelles ont statué les cantons dans autant de lois, d'ordonnances, d'arrêtés et/ou de règlements sur l'exécution des sanctions, mais également dans des lois d'application du Code pénal et/ou leurs codes de procédure pénale. Face à cette pléthore relativement chaotique, le professeur BAECHTOLD et ses collaborateurs de l'Université de Berne, ont jugé opportun de dresser la nomenclature des sources légales cantonales en la matière. Il est possible d'accéder à cet inventaire, notamment découpé par thèmes à des fins de consultation plus aisée, *via* l'Internet[370].

Chaque établissement dispose en outre d'un règlement et/ou de directives internes qui sont édictées par sa direction. Ces instruments règlent des questions de détails de la vie au sein de l'établissement, fournissent aux personnes incarcérées les lignes directrices de leur conduite en prison et fixent le cadre des tâches des différents membres du personnel. Plusieurs des intervenants interrogés, en particulier les surveillants, voient en le Règlement interne leur « *principal outil de travail* ». Intéressant directement les détenus, il peut notamment concerner les horaires de travail et de prise des repas, l'usage des appareils radiophoniques et télévisuels, ainsi que les facilités de « *cantiner* »[371]. Certaines dispositions peuvent découler de pourparlers entre la direction, le personnel et les détenus. Ces derniers en particulier sont dans une certaine mesure autorisés à manifester des revendications relatives à leur quotidien, dont il peut résulter des modifications des prescriptions internes à l'établissement. Aux règlements internes viennent encore s'ajouter les ordres (ou notes) de service émis par la direction qui constituent autant de (nouvelles) marches à suivre. Un directeur les définit comme fixant « *le cadre et l'application d'une certaine procédure. Par exemple, pour les colis, une note de service précise que le thé en sachet est accepté, mais pas le thé en vrac* ». Ces textes, à vocation strictement interne, participent largement aux disparités entre les différents établissements de l'organisation du quotidien carcéral.

1.2.3 Code pénal révisé

Le nouveau Code pénal réaménage sensiblement le système des sanctions. Il présente une articulation plus « *souple* »[372], détaillée et cohérente des règles consacrées à cette matière[373]. Il restitue en outre la jurisprudence fédérale et européenne y relative.

---

[368] BAECHTOLD (2005), p. 57.

[369] Cf. notamment la Loi bernoise sur l'exécution des peines et mesures du 25 juin 2003 (RSB 341.1) et l'Ordonnance bernoise sur l'exécution des peines et mesures du 5 mai 2004 (RSB 341.11).

[370] Site : http://www.cx.unibe.ch/krim/, rubrique : *Strafvollzugsrecht*. Cf. également BAECHTOLD (2004).

[371] La « *cantine* » offre au détenu la possibilité d'améliorer son régime ordinaire en s'achetant, généralement avec son pécule, des articles divers (par exemple des cigarettes, de la nourriture ou des produits d'hygiène corporelle). Sur les différents rôles de la cantine, son importance dans la régulation du fonctionnement interne de la prison, mais aussi les conflits qu'elle suscite, lire SEYLER (1985).

[372] CAPUS (2003), p. 171.

Le Code pénal révisé abroge notamment la distinction retenue jusqu'à présent entre la peine de réclusion et celle d'emprisonnement[374]. Aussi l'article 40 nCP prévoit-il une peine privative de liberté unique[375]. La différence entre le crime et le délit sera toutefois maintenue[376]. Les crimes se réfèreront aux infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans. Seront en revanche considérées comme des délits les infractions passibles d'une peine privative de liberté jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire. Pour diverses raisons[377], il a en outre été décidé que les tribunaux ne pourront qu'à titre exceptionnel prononcer des condamnations à une courte peine privative de liberté (moins de six mois)[378]. Des peines restrictives de liberté ou pécuniaires devront le plus souvent s'y substituer. Dans le même ordre d'idées, les conditions formelles et matérielles au prononcé du sursis à l'exécution de la peine sont plus étendues et un sursis partiel à l'exécution de la peine est introduit[379]. Tous deux trahissent cependant certains écueils, qui font dire à certains auteurs « *qu'il est difficile d'affirmer avec certitude que le nouveau droit se veut plus clément* »[380]. Enfin, si la peine ne peut être exécutée qu'en les murs, elle devra dans la mesure du possible être purgée dans des établissements ouverts.

Si plusieurs modifications apportées au Code pénal sont louables, la doctrine a durant les débats en Chambres comme à l'issue de l'adoption du Message le concernant relevé un certain nombre d'incohérences et autres lacunes plus ou moins importantes, sur lesquelles il ne nous appartient toutefois pas de revenir ici[381]. Notons cependant que sa conception de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons en la matière ne se départit pas de celle privilégiée par le Conseil fédéral en 1918. Ainsi son titre quatrième prescrit-il les principes généraux sur lesquels reposent l'exécution des sanctions privatives de liberté et réunit les bases légales justifiant une atteinte aux droits fondamentaux des personnes incarcérées. La réglementation des spécificités en la matière demeure en revanche du ressort des cantons. Les exigences posées par le nouveau droit sont certes définies plus clairement et éludent en partie l'énoncé de dispositions potestatives. S'il ressort donc plus précisément « *du texte de la loi quelles sont les dispositions qui lient directement les cantons et quelles sont celles qui nécessitent des dispositions cantonales d'application* »[382], une marge de manœuvre considérable est néanmoins laissée aux autorités d'exécution cantonales, avec toutes les dissimilitudes qu'une telle autonomie laisse supposer.

---

[373] *Livre premier* : Titre troisième (art. 34ss) : Peines pécuniaires, restrictives de liberté, privatives de liberté et mesures ; Titre quatrième (art. 74ss) : Exécution des peines et mesures privatives de liberté ; Titre cinquième (art. 93ss) : Assistance de probation, règles de conduite et assistance sociale facultative et *Livre troisième* : Titre septième (art. 372ss) : Exécution des peines et des mesures, assistance de probation et établissements.

[374] Cette distinction n'a plus de raison d'être. Les deux types de peine ne diffèrent en rien dans leur exécution pratique et elles sont fréquemment purgées dans les mêmes établissements. Sur ce point, cf. SALCEDAS (2004), pp. 122-124.

[375] Au sens où l'entendait déjà au début des années cinquante GILLIERON (1954), p. 1, la « *peine unique* » consiste en « *l'unification de la réclusion et de l'emprisonnement* ».

[376] Art. 10 nCP.

[377] Toutes évoquées à l'appui des différentes recherches menées en la matière in : CONSEIL FÉDÉRAL, *Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs* du 21 septembre 1998 ; FF 1999 1787, 1845ss.

[378] Art. 41 nCP. Pour de plus amples de développements, cf. SORDET (2004), pp. 137-142.

[379] Art. 42 nCP (sursis à l'exécution de la peine) et 43 nCP (sursis *partiel* à l'exécution de la peine).

[380] ROSSIER (2004), p. 219. Cf. également KUHN A. (2003). Plus généralement, sur la question de savoir si le nouveau droit constitue une *lex mitior* par rapport au droit positif, lire MOREILLON (2004).

[381] Cf. en particulier KUNZ (1999); RIKLIN (1999); KUHN A. (1999 ; 2003); QUELOZ (1999); STRATENWERTH (1999; 2002*b*); ROTH (2003).

[382] FF 1999 1787, 1918.

1.2.4 Règles pertinentes au niveau régional et international

Le droit de l'exécution des sanctions se lit on l'a dit à la lumière des engagements régionaux et internationaux pris par la Suisse[383]. Plusieurs textes supranationaux sont directement applicables ; d'autres sans l'être non seulement inspirent profondément les législateurs nationaux[384] et les autorités judiciaires[385], mais guident également, sur le terrain, les professionnels de l'exécution des sanctions.

La première catégorie de textes, à caractère juridiquement contraignant, réunit notamment la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[386] et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[387], conclus sous l'égide des Nations Unies. Sur le plan européen, elle comprend notamment la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[388], la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants[389] et la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées[390].

Le deuxième corpus de textes réunit principalement les Recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe[391] et les Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies[392]. L'Ensemble des règles onusiennes pour le traitement des détenus[393] et leur version

---

[383] Voir par exemple les ATF 102 Ia 279, 283s et 122 I 222, 226.

[384] PAPATHEODOROU (1995), pp. 20s; COUVRAT (2000), p. 269; CERE (2001), p. 419; TULKENS F. (2002*b*), p. 250. LARRALDE (1996), p. 190, parle à raison d'un « *effet d'entraînement considérable sur les textes nationaux* ». Pour une analyse particulièrement critique - que nous ne partageons pas entièrement, mais qu'il convient de relever car elle est intéressante - de ce corpus de normes et de son processus d'élaboration, cf. QUERO (2004).

[385] Cf. BOLLE (1987) s'agissant notamment de l'impact des anciennes règles pénitentiaires (Résolution (73)5 relative à l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus) sur les décisions rendues par le Tribunal fédéral.

[386] Entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987 (RS 0.105).

[387] Entrée en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RS 0.103.2). Cf. également le deuxième Protocole facultatif s'y rapportant (RS 0.103.22).

[388] Entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 (RS 0.101). Cf. également ses Protocoles additionnels n° 6 (RS 0.101.06), n° 7 (RS 0. 101.07), n° 11 (RS 0.101.09) et n° 13 (RS 0.101.093).

[389] Entrée en vigueur pour la Suisse le 1er février 1989 (RS 0.106). Cf. également le corpus de normes élaboré par le Comité pour la prévention contre la torture institué par cette Convention. Extraites de ses rapports généraux d'activités, les « *normes du CPT* » sont disponibles sur son site officiel à l'adresse suivante : http://www.cpt.coe.int/fr/docsnormes.htm

[390] Entrée en vigueur pour la Suisse le 1er mai 1988 (RS 0.343). Cf. également le Protocole additionnel y relatif (RS 0.343.1).

[391] On trouvera une liste desdites recommandations les plus pertinentes en matière de privation de liberté in : OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE/SECTION EXÉCUTION DES PEINES ET MESURES (mars 2005), pp. 14-20.

[392] Notamment la Résolution 43/173 du 9 décembre 1988 sur l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement ; la Résolution 45/111du 14 décembre 1990 sur les Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus et la Résolution 45/110 du 14 décembre 1990 sur les Règles minima des Nations Unies pour l'élaboration de mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo).

[393] Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants le 30 août 1955 à Genève et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977. Pour un bref historique de ces règles et leur impact sur les travaux du Conseil de l'Europe, cf. NEALE (1987), pp. 199-203. Plus généralement, sur le rôle de l'ONU dans la promotion en détention des standards minimaux des droits de l'homme, cf. BOULOUKOS/DAMMANN (2001).

européenne, les règles pénitentiaires[394], sont parmi les plus importantes. Sans avoir force contraignante, ces textes réunissent les principes fondamentaux sur lesquels doivent reposer les normes édictées par les législateurs et le travail des administrations pénitentiaires, de même que les interventions des praticiens[395]. Les instruments du Conseil de l'Europe en matière pénitentiaire revêtent une importance considérable, tant qualitative que quantitative. D'aucuns n'hésitent d'ailleurs pas à les assimiler à un « *code pénitentiaire européen* »[396] que beaucoup appellent de leurs vœux[397].

1.2.5 L'application concrète du droit en prison

Conformément aux articles 48, 49 et 186 Cst., il appartient au Conseil fédéral de veiller à ce que les cantons respectent le droit fédéral[398]. Cette « *haute surveillance* » concerne en particulier l'adéquation des normes cantonales et des prescriptions concordataires aux dispositions consacrées à l'exécution des sanctions contenues dans le Code pénal et dans ses ordonnances d'application. La surveillance de la Confédération ne se limite toutefois pas uniquement au contrôle de la législation cantonale et à l'application du droit par les cantons; elle s'étend également à l'exécution proprement dite des peines privatives de liberté[399]. Il apparaît néanmoins qu'elle demeure en ce domaine tapie dans l'ombre et n'est donc que très rarement exercée[400]. Il faut admettre en effet que « *l'influence la plus importante que la Confédération puisse avoir sur l'exécution des peines résulte (…) moins de la surveillance qu'elle exerce sur la législation et l'application cantonale du droit que des mesures qu'elle prend pour promouvoir l'application cantonale du droit dans le domaine de l'exécution des peines, en particulier par le biais des subventions* »[401].

---

[394] Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes. Sur l'historique, l'évolution, la teneur et la portée des règles pénitentiaires européennes, voir notamment PRADEL (1988); COUVRAT (1988); TULKENS H. (1988); NEALE (1992); GONSA (1994/1995) et le dossier qui leur est consacré in : Bulletin d'information pénitentiaire du Conseil de l'Europe, n° 9, juin 1987, pp. 4-13. Notons que ces règles font actuellement l'objet d'une importante mise à jour. Sur cette révision, cf. Bulletin d'information pénologique, n° 25, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003, pp. 91-99.

[395] ATF 118 Ia 64, 69s.

[396] LARRALDE (1996), p. 192.

[397] Voir par exemple DAGA (1990) qui le conçoit *via* l'élaboration d'un nouveau protocole addtionnel à la CEDH qui déclinerait les droits des détenus. TRECHSEL (1990), pp. 11-14 et pp. 20s émet de sérieuses réserves à l'égard de cette proposition et lui préfère l'introduction d'une série de principes susceptibles de faire l'objet d'un recours devant les organes de Strasbourg. Pour plus de précisions sur l'ensemble de ces initiatives, cf. CERE (1999), pp. 340-343. Voir également la Recommandation 1656(2004) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la situation des prisons et des maisons d'arrêt en Europe adoptée le 27 avril 2004, qui invite le Comité des Ministres à élaborer une « *Charte pénitentiaire européenne* ».

[398] DE ROUGEMONT (1979), p. 53.

[399] Art. 392 CP et art. 247 al. 3 de la Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0); SURBER (1998), pp. 128s.

[400] Il suffit pour s'en convaincre de dépouiller la jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC), très pauvre en la matière. Voir notamment JAAC 41 1977 I 48 ; JAAC 43 1979 IV 505 ; JAAC 45 1981 I 55 ; JAAC 51 1986 I 71. En outre et tel que le souligne le Conseil fédéral in : FF 1999 1787, 1985, l'art. 392 CP n'a plus véritablement de raison d'être, en particulier depuis l'introduction de la possibilité de former un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral. Cette disposition a par conséquent été abrogée dans le Code pénal révisé, les normes constitutionnelles relatives à la surveillance de la Confédération (art. 49 et 186 Cst.) suffisant.

[401] BAECHTOLD (1987), p. 115.

Contrairement à ce qui est prévu par les recommandations supranationales[402], il n'existe pas en Suisse d'organisme national, indépendant de l'administration pénitentiaire, auquel revient la tâche de procéder à un contrôle général des lieux de privations de liberté[403]. Aussi les conditions de détention des personnes incarcérées dans les établissements des cantons et l'application du droit en leur sein ne fait-il l'objet que d'une attention fragmentée[404] et rarement d'une surveillance concertée. Le contrôle extérieur des prisons s'effectue certes par les organes concordataires, par certaines commissions instaurées par les cantons à cet effet[405] et par le biais des visites du Comité européen pour la prévention de la torture (CPT)[406], mais leur rôle se limite à un contrôle préventif, sans véritable pouvoir contraignant.

Dès lors, si les démarches des organes de contrôle contribuent à l'harmonisation du droit de l'exécution des peines, nombre de dispositions légales régissant les conditions de vie carcérale et celles du travail des intervenants demeurent encore à l'heure actuelle obsolètes. Tel est le cas notamment de certaines dispositions du Règlement des Etablissements de la plaine de l'Orbe (EPO)[407]. Par exemple, aux termes de l'art. 147 dudit Règlement, les médecins des établissements sont placés sous la responsabilité du chef de la section médico-sociale et, en vertu de l'art. 157, tenus de « *renseigne[r] régulièrement le chef de la section médico-sociale sur l'état de santé des détenus* ». Dans les faits, il n'existe plus de section dite « *médico-sociale* » aux EPO. Les soins prodigués aux détenus sont assurés par les collaborateurs du Service de médecine et psychiatrie pénitentiaires qui dispose d'une unité intégrée dans l'établissement. Le service social *intra muros* est certes dirigé par un responsable, mais les soignants ne lui communiquent pas leurs constatations. Ces deux entités sont dès lors désormais rigoureusement distinctes l'une de l'autre, sans pour autant que la législation n'ait subi de modification et ce, au mépris de la jurisprudence selon laquelle la réglementation en matière pénitentiaire doit être suffisamment claire et détaillée et « *offrir des garanties particulières, qui préviennent toute pratique anticonstitutionnelle* »[408].

---

[402] Cf. par exemple les règles 4 et 5 de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes.

[403] BAECHTOLD (2005), p. 77. Sur les différents modèles de contrôle des établissements pénitentiaires envisagés en Europe, lire DAGA (1989); CARDET (2003) et KAISER (2003), en particulier pp. 469-478.

[404] Notamment par la reddition ponctuelle de décisions relatives à l'exécution des sanctions, émanant soit de notre Cour suprême, soit de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier dans des affaires impliquant la Suisse. Le contrôle est alors dit « *judiciaire a posteriori* », bien que, comme le relève DE ROUGEMONT (2003), p. 450, l'« *on ne saurait négliger ou sous-estimer l'effet de la publication des arrêts de la Cour : la diffusion du droit judicaire entraîne des conséquences pratiques normatives bien au-delà des cercles directement intéressés à l'arrêt* ».

[405] Telles que la Commission des visiteurs officiels du Grand Conseil du canton de Genève (art. 225-230 de la Loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985 ; RSG B 1 01) ; la Commission de justice du Grand Conseil du canton du Valais (art. 43 al. 2 lit. a et al. 4 du Règlement du Grand Conseil du 13 septembre 2001 ; RSVS 171.100) ; la Commission de la justice et des pétitions du Parlement du canton du Jura (art. 40 al. 3 du Règlement du Parlement de la République et Canton du Jura du 16 décembre 1998 ; RSJU 171.211) ou encore le Consiglio di Vigilanza tessinois (Regolamento sul Consiglio di Vigilanza del 20 dicembre 1995 ; RST 3.3.3.1.1).

[406] Organe pluridisciplinaire institué par le Conseil de l'Europe, le CPT doit assurer le respect de la Convention européenne du 26 novembre 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (RS 0.106). Il procède pour ce faire à des visites périodiques des établissements privatifs de liberté des Etats parties à la Convention et établit à leur issue des recommandations résultant de ses observations, qu'il transmet dans un rapport adressé au gouvernement concerné. Ce dernier est alors enjoint de se déterminer à son propos et invité à y répondre en mentionnant les correctifs apportés aux situations décriées.

[407] Règlement des Etablissements de la plaine de l'Orbe du 20 janvier 1982 (RSVD 340.11.1).

[408] Cf. notamment l'ATF 106 Ia 136, 138ss en matière de détention préventive, applicable *mutatis mutandis* au domaine de l'exécution des sanctions.

Dans ces conditions, les directeurs d'établissements, généralement de concert avec le service cantonal dont relèvent les affaires pénitentiaires, sont ponctuellement contraints d'émettre et/ou de modifier des directives internes à leur institution. Il n'est pas rare alors d'assister à des ajustements réglementaires "au coup par coup", qui, s'ils permettent certes de résoudre un problème rapidement, s'avèrent non seulement contraires au principe de l'administration réglementée[409] et à la jurisprudence consacrée en la matière[410], mais contribuent à notre sens également à l'instabilité « *pérenne* »[411] de l'institution[412].

En conclusion, les prescriptions régissant l'exécution des peines se révèlent particulièrement disséminées et parfois même périmées. Notre système fédéraliste ne participe pas en outre à leur mise en œuvre coordonnée[413]. Il en découle une insécurité juridique certaine, partiellement résolue par la jurisprudence fédérale rendue en matière de liberté individuelle. Une véritable judiciarisation de l'application des peines privatives de liberté[414] pourrait également y apporter des réponses claires et touchant les domaines spécifiquement réglementés par les cantons[415]. L'institution du juge d'application des peines[416], par exemple, cautionnerait d'une garantie judiciaire nombre de pratiques, et pourrait par ses interventions notamment contribuer à l'harmonisation des prescriptions cantonales, tant dans leur teneur, que relativement à leur consécration au bon niveau normatif. Il répondrait également aux incertitudes persistantes en ce domaine et concourrait indéniablement à l'uniformisation de l'application du droit, non seulement dans les établissements affectés à l'exécution des sanctions privatives de liberté, mais également dans le cadre de certaines décisions y relatives[417].

En l'absence toutefois d'une telle institution et/ou d'une solution législative fédérale, il y a fort à penser que l'exécution proprement dite des sanctions restera empreinte de considérations locales, drapées d'une certaine nébulosité. Pour employer une terminologie qui

---

[409] ROTH (1998), p. 361. Cf. également l'ATF 106 Ia 277, 284ss.

[410] Cf. GARBADE (1990), p. 60 et AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *vol. II* (2000), p. 187s, n°348 ainsi que les arrêts cités.

[411] Cet adjectif et ce qu'il évoque est tiré de l'intitulé de l'ouvrage de MARY (1988) et de l'article de BATHOLEYNS/BEGHIN/BELLIS/MARY (2002), lesquels s'attachent à démontrer la « *logique pérenne de la prison* ».

[412] Et dans un même temps, paradoxalement, à son immuabilité. Le fait que « *la prison semble changer autant qu'elle paraît immuable* » atteste de ses singulières contradictions. A ce propos, cf. CHANTRAINE (2004*a*). Sur la faculté de l'institution carcérale et, contre toute attente, de ses acteurs à *résister* aux changements, ainsi que l'aptitude de ces derniers à se conformer à la norme, cf. MATHIESEN (1967*a*), dont l'analyse reste toutefois minorisée.

[413] Sur ce point, cf. notamment BAECHTOLD (1978), pp. 28-31.

[414] Avec l'adoption le 9 mars 2004 de la loi n° 2004-204 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, la France a fait un grand pas dans cette voie, quand bien même elle ne dispose pas de loi unique spécifiquement consacrée à l'exécution des peines privatives de liberté qui l'eût facilité la tâche. Pour de plus amples développements, cf. CÉRÉ (2004).

[415] Comme nous le rappelle ROTH (1991), p. 308, la judiciarisation de l'exécution des peines a fait l'objet d'une attention particulière au milieu des années soixante-dix, avec la publication de plusieurs monographies et articles portant notamment sur la création d'un juge d'application des peines et interrogeant de ce fait directement le statut du détenu et la configuration du droit de l'exécution des sanctions. Voir notamment BOLLE (1974); MARTY (1974); ROBERT C.-N. (1974); DE ROUGEMONT (1979). Voir également les développements, plus sceptiques, de PERRET-GENTIL (1992), pp. 175ss. Notons enfin qu'en vue de l'entrée en vigueur du Code pénal révisé, plusieurs cantons planchent à l'heure actuelle sur l'éventuelle introduction d'une telle institution.

[416] Dont il conviendrait bien entendu de définir le statut, les attributions, la nature des tâches, etc. Pour une réflexion prospective le concernant, cf. par exemple KUHN A. (2005), pp. 85-88.

[417] Typiquement, en matière de libération conditionnelle. A ce propos, cf. notamment KUHN (2000), p. 202.

sied à notre problématique, il n'est pas exagéré d'affirmer qu'il est encore dans nos prisons helvétiques « *une inversion simultanée des principes de la vie civile et de la vie démocratique : se substitue à la transparence de la règle et au secret des personnes la transparence des individus et l'opacité de la règle* »[418]. Alors que la liberté fut au siècle des Lumières érigée en bien suprême, on peut s'étonner en ce début de troisième millénaire que sa privation fasse l'objet d'une architecture juridique dont les fondations, dispersées et lacunaires, sont de surcroît principalement de nature réglementaire[419]. Plus délicat encore, il apparaît que certains principes généraux du droit sont en la matière partiellement éludés. Tel est le cas en particulier des exigences de prévisibilité, de publicité et de lisibilité, auxquelles ne répondent pas toujours les réglementations cantonales[420]. Dans ces conditions, on peut se demander si ce défaut de cohérence et de consistance juridique n'est pas susceptible d'aboutir - pour reprendre l'expression de PICCA qui s'interrogeait alors sur l'affaiblissement des normes sociales - « *à un état généralisé d'ano[m]ie, c'est-à-dire d'absence de normes* »[421].

Cette situation n'est pas sans présenter des enjeux importants au niveau pratique. Il est tout d'abord malaisé pour les professionnels de l'exécution des peines d'accéder aux normes régissant leurs activités. Il leur est ensuite particulièrement difficile de jongler avec leur nombre. En définitive, ils se voient confrontés à une pléthore de règles peu claires, qui tour à tour précisent, infirment, confirment, nuancent les fonctions qui leur sont dévolues, leur conduite à tenir à l'égard des détenus et leur marge de manœuvre professionnelle. A ces règles s'ajoutent celles, de nature plus structurelle, qui concernent l'organisation de l'établissement et le fonctionnement des unités. Enfin, rayonnent sur l'ensemble de leurs interventions les normes fondamentales qui traduisent les lignes directrices de l'exécution de la sanction et des droits reconnus aux détenus. Dans cet univers « *saturé de règles* », il est bien légitime d'éprouver des difficultés à demeurer cohérent[422].

1.3 Etablissements pénitentiaires

La Suisse dénombre près de cent septante lieux de privation de liberté avant jugement et/ou consécutive à une condamnation pénale[423]. Une petite trentaine seulement sont affectés à l'exécution des longues sanctions privatives de liberté[424].

---

[418] CHAUVENET (1998), p. 102. Dans le même sens BRUNNER M. (1999), pp. 128-130.

[419] Sur ce point, cf. notamment DETIENNE (2003), p. 150 qui s'intéresse à la situation belge, mais dont les conclusions sont tout à fait transposables à la situation helvétique.

[420] L'exemple des règles régissant les sanctions et la procédure disciplinaires est à cet égard révélateur, ainsi que le démontrent notamment HUBER L. (1995); BRÄGGER (2003) et FRICKER (2004). L'art. 91 nCP fixe un « *règlement cadre du droit discplinaire*» (NUOFFER (2003), p. 138; HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER (2004), ad art 91 nCP, p. 92), mais laisse aux cantons le soin d'édicter les dispositions disciplinaires définissant les « *éléments constitutifs des infractions disciplinaires, la nature des sanctions et les critères de leur fixation ainsi que la procédure applicable* » (al. 3). Enfin, pour une étude très complète du droit disciplinaire dans les prisons françaises, menée à la lumière du droit européen en la matière, cf. CÉRÉ (1999).

[421] PICCA (2000), p. 64.

[422] BENGUIGUI/CHAUVENET/ORLIC (1994), p. 278.

[423] MEIER/WEILENMANN in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), pp. 2437s, n°1-9.

[424] OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE/SECTION EXECUTION DES PEINES ET MESURES (mars 2005), p. 8; BRUNNER M. (2002), p. 237. Pour un survol des principales données relatives aux lieux de privation pénale et administrative de liberté en Suisse, cf. OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE/OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE (1998). On trouvera également ce *catalogue* sur le site de l'Office fédéral de la statistique, rubriques : Droit et justice/Etablissements pénitentiaires : http://www.portal-stat.admin.ch/stat_ch/ber19/strafanstalten/ftfr19.htm.

Les établissements d'exécution de peine peuvent se révéler très différents les uns des autres, en fonction notamment de leur taille, de leur organisation et de leur fonctionnement, mais également du type de population qu'ils abritent, de leur implantation géographique, de leur destination et de leur architecture[425]. Aussi, la gestion d'un petit établissement en milieu rural sera forcément différente de celle d'un établissement de grande taille, implanté en milieu urbain[426]. De même, la gestion d'un établissement semi-ouvert ne peut être comparée à celle d'un établissement fermé, dont certaines unités peuvent être extrêmement sécurisées. Les caractéristiques des établissements sont autant d'éléments qui influent également sur la gestion des secrets en leur sein. Tel est le cas par exemple de l'architecture carcérale[427]. Il est évident qu'un établissement inspiré du concept panoptique présentera pour la problématique qui nous intéresse de sensibles divergences par rapport à une institution organisée en petites unités de vie pavillonnaires, privilégiant l'autonomie et la « responsabilisation » des détenus[428].

Dans le prolongement de leur obligation d'exécuter les décisions rendues par les autorités compétentes en matière pénale[429], il incombe aux cantons de construire, d'aménager et d'exploiter les établissements dévolus à l'exécution des peines privatives de liberté, dans le respect « *des exigences de la loi* »[430], mais aussi en regard des décisions concordataires et des subventions fédérales qui leur sont allouées. S'agissant de la forme juridique des établissements pénitentiaires, la plupart sont des établissements de droit public, disposant d'une certaine marge de manœuvre, et placés sous la surveillance du Conseil d'Etat du canton. A notre connaissance, seuls les Etablissements de Bellechasse, dans le canton de Fribourg, jouissent de la personnalité juridique pleine et entière et des droits et obligations y afférents[431]. Les autres institutions carcérales ne disposent pas de la même autonomie,

[425] En ce sens également, cf. KELLENS (2000), p. 189.

[426] Sur les interactions de l'institution carcérale avec le monde extérieur et notamment avec son environnement immédiat lire les travaux très stimulants de COMBESSIE (1994 ; 1996*a* ; 2000), et en particulier ses développements sur ce qu'il nomme joliment le « *périmètre sensible* », c'est-à-dire la zone aux pourtours variables qui entoure chaque établissement et qui suscite son ouverture tout en maintenant « *à l'écart* », constituant de la sorte une espèce de « *cordon sanitaire* » entre le dedans et le dehors.

[427] SYR (1996), pp. 256-258. Sur différentes façons de penser la prison architecturalement, cf. ESPINAS (1989). Plus généralement, sur l'architecture carcérale, son importance en matière de sécurités (passive et dynamique) et ses liens avec l'évolution de la doctrine pénale et pénitentiaire, lire les travaux particulièrement intéressants de DEMONCHY (1998, 2000, 2004).

[428] Dans le même sens, BARRIERE (1995), p. 199. L'unité de sociothérapie « *la Pâquerette* », en les murs de la prison de Champ-Dollon à Genève, est à cet égard particulièrement digne d'intérêt. Son fonctionnement, l'organisation de la vie quotidienne, l'aménagement du lieu ainsi que son concept de prise en charge, inspiré du modèle de communauté thérapeutique du psychiatre anglais Maxwell JONES (à ce propos, cf. KELLENS (2000), pp. 202s), favorisent les échanges entre les détenus et les membres du personnel, un travail interdisciplinaire entre ces derniers et une communication constante entre les différents acteurs en présence. Sur ce point, cf. notamment SCHURMANS/UMMEL(1991), p. 146, qui constatent que « *l'émergence de la notion de travail en commun sur un projet partagé par tous et concernant les détenus* » est précisément possible en son sein. Pour GRAVIER/LE GOFF/DEVAUD (1998), pp. 281-282**,** ce type de prise en charge facilite également l'anticipation de manifestations de violence et la résolution des conflits avant qu'ils n'éclatent. Pour DE MONTMOLLIN (1989), p. 21 « *l'élaboration d'une activité thérapeutique à laquelle participe le personnel de sécurité peut également conduire à renforcer l'identité et la dignité professionnelle de celui-ci* ». Pour de plus amples développements sur cette « *formule d'activité sociothérapeutique* », cf. DE MONTMOLLIN (1985 ; 2000) et (1989), pp. 311-317; BERNHEIM J. (1993*b*); GUNN (2000) et HARDING (1992) qui effectue ici une synthèse des résultats obtenus par la première évaluation de ce projet initialement « pilote ». Voir aussi le Règlement du centre de sociothérapie « La Pâquerette » du 27 juillet 1988 (RSG F 1 50.20).

[429] Art. 374 CP. Sur la compétence d'exécution des cantons, cf. DE ROUGEMONT (1979), pp. 82ss.

[430] Art. 382 al. 1er et 383 al. 1er CP.

[431] Sur cette question, cf. KNAPP (1991), pp. 559s.

notamment en ce qui concerne l'administration de leurs biens et la gestion de leurs ressources humaines[432].

L'affectation des établissements de la Suisse romande et du Tessin ainsi que la procédure de placement et d'admission des détenus en leur sein sont spécifiées dans le concordat du même nom[433]. Il existe pour chaque concordat des établissements ouverts, semi-ouverts et fermés. Si elle est encore maintenue dans les textes, la distinction entre détenus primaires et récidivistes importe peu à cet égard. L'autorité compétente procède en effet désormais au placement du condamné en fonction de critères moins "automatiques". Elle s'intéresse notamment à l'infraction commise, à la durée de la peine infligée, mais aussi aux traits de caractère du condamné. Elle apprécie dans ce cadre les risques qu'il est susceptible de présenter en termes de « dangerosité »[434] et de récidive.

Le droit pénal révisé laisse toujours aux cantons le soin d'organiser leurs établissements d'exécution de peine. Tout au plus doivent-ils prévoir deux types d'établissements, qui diffèrent en fonction de leur niveau de sécurité. Les établissements dits « *ouverts* » présenteront un faible niveau de sécurité. Ils seront destinés à accueillir des détenus dont on peut raisonnablement penser qu'ils ne sont pas ou peu susceptibles de s'évader ou de commettre de nouvelles infractions. Le placement dans un établissement dit « *fermé* », qui devra demeurer l'exception[435], concernera en revanche les détenus qui présentent un danger d'évasion ou de récidive important[436]. Les cantons disposeront d'une certaine latitude pour les aménager. Ils pourront notamment prévoir des sections de sécurité renforcée au sein de leur établissement ouvert, de même que des unités particulières, réservées à une population pénale spécifique[437].

---

[432] Selon les cantons, tout ou partie du personnel des établissements est soumis au statut général sur la fonction publique ou engagé par contrat de droit privé. Par analogie à la situation du personnel soignant d'un établissement hospitalier de droit public engagé par contrat de droit privé, le personnel des prisons sous contrat de droit privé demeure dans ses rapports de travail soumis au statut de droit public, le droit privé s'appliquant à titre supplétif. Sur la question, voir RUMPF (1991), pp. 61-63.

[433] Art. 12 et 13, art. 14-17 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin.

[434] Ce terme est placé entre guillemets en raison des controverses qu'il suscite. A ce propos, cf. notamment les textes du volume publié sous la direction de BAUHOFER/BOLLE/DITTMANN (2000) qui réunit les Actes du 29e Congrès du Groupe suisse de travail de criminologie portant sur le thème des délinquants « dangereux »; HARDING (1980) et (1985), en particulier pp. 24s; DÜNKEL/SNACKEN (2000), pp. 152-154 et les réflexions particulièrement contrastées de SHAH (1981); DOZOIS/LALONDE/POUPART (1981) et FOUCAULT (1981), réunies dans le même volume de la Revue Déviance et société et attestant de la vigueur de cette controverse. Pour une réflexion critique sur le concept de « dangerosité », sa construction, sa place et ses significations dans les politiques criminelles en particulier, lire notamment DEBUYST (1981); PRATT (2001), et sous l'angle de la privation de liberté à des fins d'assistance, HATAM (2004). Sur les approches (très) sensiblement différentes privilégiées en Suisse des types de prise en charge des délinquants qualifiés de « dangereux » et/ou des méthodes d'évaluation des risques de récidive de ces délinquants, cf. notamment DITTMANN (1996 ; 1997*a*; 2000); LE GOFF/GRAVIER (1999); MEZZO/GRAVIER (2001); MAIER/URBANIOK (1998); URBANIOK (2002) et les auteurs cités sous note (427) relativement à la prise en charge sociothérapeutique telle qu'elle est conçue au sein du centre « *La Pâquerette* ». Pour un survol enfin des principaux modèles de prise en charge des délinquants sexuels dans plusieurs Etats de l'Union européenne (cadre légal, institutionnel et modalités thérapeutiques), cf. CORNET/MORMONT/MICHEL (2001).

[435] FF 1999 1787, 1920.

[436] Art. 76 nCP.

[437] Art. 377 al. 1er et 2 nCP.

1.4 Régimes pénitentiaires

1.4.1 Bref historique

Sans se livrer à une présentation exhaustive des systèmes pénitentiaires qui ont jalonné l'histoire, il est primordial de s'y arrêter un instant, non seulement pour saisir la place réservée aux personnes condamnées à une peine privative de liberté, mais également afin de percevoir les prémisses des nouveaux objectifs poursuivis par leur prise en charge en milieu carcéral.

La majorité des auteurs s'accordent pour fixer la naissance de la prison pénale au dix-huitième siècle. Dès cette époque, de nombreux concepts de « traitement » pénitentiaire se sont succédés, dédiant progressivement cette institution à un rôle de redressement, puis de (ré)insertion, non plus seulement d'exclusion[438]. Les différents régimes pénitentiaires appliqués successivement dans les prisons du vieux et du nouveau continent à partir du 19e siècle, attestent de cette évolution[439].

C'est le philosophe anglais Jeremy BENTHAM qui fut l'un des premiers à se pencher sur un modèle de prison. En 1791, son *système panoptique* permet de surveiller en permanence les activités et les comportements des détenus à leur insu[440]. Confinant de jour comme de nuit tous les détenus en un seul lieu, l'*emprisonnement en commun* se destine quant à lui à créer un espace au sein duquel les condamnés à une peine privative de liberté doivent s'organiser dans le respect d'autrui. Véritable école du crime, Benjamin FRANKLIN lui substitue l'*enfermement cellulaire*[441], conçu selon le modèle monacal, dont les inconvénients se révèlent aussi nombreux que désastreux[442]. Alternant vie commune le jour et isolement cellulaire la nuit sous l'égide du silence absolu, le *régime auburnien*[443] remédie aux lacunes des systèmes précédents mais se révèle notamment coûteux et surtout trop statique. Lui succède alors vers la seconde moitié du dix-neuvième siècle le *système irlandais* de Sir WALTER CROFTON, qui s'inspire de certaines caractéristiques de ses prédécesseurs, mais change radicalement de

---

[438] Pour un survol de cette évolution, cf. SENN GROMELLE/DE AGAZIO (1999), pp. 56- 59.

[439] Pour plus de précisions sur ces régimes, cf. ROBIN (1873), pp. 9-32; HAFNER/ZÜRCHER (1925), pp. 270ss; BERTRAND E. (1934), pp. 108-232; CANNAT (1949), pp. 45-67 et pp. 71ss; PINATEL (1950), pp. Lvii-Lxvi; GERMAIN (1959), pp. 31-43; PLAWSKI (1977), pp. 53-58; STEFANI/LEVASSEUR/JAMBU-MERLIN (1982), pp. 430-438; BOULOC (1998), pp. 133-138.

[440] Cf. BENTHAM (rééd. 1977). Il s'agit de la traduction française de l'ouvrage de Bentham intitulé *Panopticon or the inspection house*, Dublin, 1791, suivie d'un entretien sur la question de J.-P. BAROU et M. PERROT avec M. FOUCAULT, en pp. 7-31. Sur BENTHAM, sa vie, les esprits de son époque et la genèse de son panoptique, lire également la postface de PERROT, intitulée « *L'inspecteur Bentham* », pp. 169-219. Pour une lecture critique du modèle panoptique de BENTHAM, cf. FOUCAULT (1975) et en particulier son chapitre intitulé « *Le panoptisme* », pp. 228-264. Plus nuancé, ROTH (1981), pp. 125-131.

[441] A savoir, le « *solitary confinement* », tel qu'il était conçu par les Quakers, ou *système pennsylvanien*, en référence au pénitencier de Cherry Hill dans l'Etat de Philadelphie qui fut le premier à l'appliquer. Ce type de régime fut particulièrement apprécié par le duc de LA ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT (DUPRAT (1980), p. 91), puis par DE TOCQUEVILLE qui en vanta les mérites à son retour des Etats-Unis d'Amérique. Cf. à ce propos PERROT (1984), en particulier pp. 106-109; DE TOCQUEVILLE (rééd. 1984) et l'intoduction à ce volume, extrêmement bien documentée, de PERROT. On trouve également en DUCPÉTIAUX, premier inspecteur général des prisons de Belgique, nommé en 1830, un autre fervent adepte de l'enfermement cellulaire. A son propos, cf. DUPONT-BOUCHAT (1988).

[442] Il lui est en particulier imputable de nombreux cas de suicides et d'aliénation. A ce propos, cf. DUPRAT (1980), p. 99.

[443] En référence à son lieu d'origine, la ville d'Auburn dans l'Etat de New York.

perspective. Instaurant des phases successives menant le détenu vers la liberté, il contraint ce dernier à se responsabiliser et à gagner la confiance du personnel pénitentiaire afin d'obtenir des points de bonne conduite lui octroyant le passage d'un régime à l'autre. C'est à la lumière de ce modèle, sensiblement remanié et affiné toutefois, que l'article 37 CP définit les buts de l'exécution de la peine privative de liberté[444].

1.4.2 Régime en vigueur

Le régime d'exécution de peine préconisé en Suisse est dit progressif[445]. Tel que son nom l'indique, il prévoit une série d'étapes que doit franchir progressivement le détenu pour recouvrer la liberté. En d'autres termes, il conduit à une ouverture graduelle des portes de la prison. A chaque étape correspond généralement un secteur d'établissement. Pour les cantons romands et du Tessin, ces différentes phases sont précisées dans le Règlement concernant le régime progressif élaboré par la CLDJP[446].

La première phase se résume à l'enfermement cellulaire. De courte durée, cette période initiale est surtout destinée à une prise de contact et permet à l'administration pénitentiaire de procéder à une première évaluation de la situation du condamné. Elle est une phase « d'observation », durant laquelle le détenu reste confiné en cellule. La deuxième et la plus longue étape, la détention en communauté, consiste pour le détenu à subir sa peine tout en effectuant un travail sur lui-même. Il séjourne dans sa cellule uniquement durant ses heures de repos. Il travaille, mange et participe aux activités récréatives en compagnie de ses codétenus. Au plus tôt après l'accomplissement de la moitié de sa peine, il est susceptible de remplir les conditions nécessaires à l'accession à la troisième phase, la semi-liberté[447]. Le régime de fin de peine implique que le détenu intègre un établissement plus ouvert ou une section ouverte, séparée de l'établissement. La semi-liberté consiste généralement en un placement à l'extérieur, permettant au condamné d'exercer une activité professionnelle ou de suivre une formation ; le détenu étant tenu de réintégrer l'établissement aussitôt ses occupations achevées et de passer son temps inoccupé en les murs[448]. A titre d'essai[449], s'y est ajoutée dans certains cantons la mise en oeuvre de nouvelles modalités d'exécution de fin de peine, tels que les arrêts domiciliaires sous surveillance électronique « *back door* »[450], conçues pour

---

[444] Pour un historique de l'application successive de ces régimes dans les différents établissements helvétiques jusqu'à la moitié du 20e siècle, cf. GRAVEN J. (1949) et (1950), pp. 331-339.

[445] Art. 37 ch. 3 CP et art. 19 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin. Notons que ce régime n'est applicable que pour les peines privatives de liberté de plus de 6 mois.

[446] Art. 2 du Règlement (n° R-2/1) concernant le régime progressif de l'exécution des peines et de l'internement des délinquants d'habitude du 27 octobre 2003. Ce Règlement a notamment été approuvé par arrêté du Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel du 1er décembre 2003 (RSN 354.23).

[447] Les conditions d'accès au régime de fin de peine sont déclinées à l'art. 4 du Règlement n° R-2/1. En particulier, le détenu doit en faire la demande et prouver ses efforts de resocialisation consentis. Pour un exemple, cf. BJP 3/2001, n°98, p. 69. Sur la genèse de cette institution, lire par exemple BAECHTOLD (1976).

[448] Sur les exigences de l'exécution de la semi-liberté et les difficultés de son aménagement, cf. PERNET/POCHON/BROSSY (1987), pp. 128-130.

[449] Art. 397bis al. 4 CP.

[450] Dont on lira avec intérêt les rapports d'évaluation suivants : E&E ENTWICKLUNG & EVALUATION GMBH, *Auswertung des interkantonalen Modellversuchs Elektronisch überwachter Strafvollzug (Electronic Monitoring / EM) für Kurz- und Langstrafen, 1. September 1999 - 31. August 2002. Schlussbericht,* Zurich, Juin 2003 et VILLETTAZ/KILLIAS, *Les arrêts domiciliaires sous surveillance électronique dans les cantons de Genève, du Tessin et de Vaud. Rapport final*, Lausanne, Juin 2003.

le solde de la semi-liberté. Enfin, si les conditions exigées sont estimées remplies[451], le détenu accède à la libération conditionnelle[452]. Assortie d'un délai d'épreuve de un à cinq ans, elle est « *la dernière étape* »[453] de notre système progressif avant la libération définitive[454]. Durant toute cette période, l'autorité compétente peut soumettre le libéré à un patronage[455] et lui imposer des règles de conduite[456].

La peine est réputée subie et le condamné libéré définitivement s'il se comporte correctement jusqu'à l'échéance du délai d'épreuve imparti. Dans le cas contraire, l'autorité compétente lui adresse un avertissement, prolonge son délai d'épreuve ou lui impose de nouvelles règles de conduite, voire, le cas échéant, ordonne sa réintégration dans l'établissement[457].

Il va de soi que certaines spécificités cantonales et les caractéristiques intrinsèques de chaque établissement apportent des nuances aux grandes lignes du régime progressif ici dépeint très grossièrement[458]. D'autre part, le régime progressif n'est pas applicable à tous les détenus *ex officio*. Tel est le cas notamment des détenus dont l'administration pénitentiaire estime nécessaire qu'ils demeurent un temps dans une section fermée et sécurisée de l'établissement[459].

A l'exception des congés, du placement en régime de fin de peine[460] et en sécurité renforcée[461], il appartient à la direction de l'établissement de se prononcer sur l'accession des condamnés aux différentes phases du régime. Elle peut dans ce cadre obtenir de l'autorité cantonale de jugement des informations concernant l'intéressé, spécifiquement si « *des mesures particulières d'exécution de la peine s'imposent* ». En cas de nécessité, la direction

---

[451] Il sera en particulier examiné si le détenu a fourni des efforts de resocialisation, si son comportement a été adéquat en détention, quels sont ses antécédents pénitentiaires et judiciaires et s'il possède un projet de sortie. Des nuances peuvent être apportées à la libération conditionnelle des détenus étrangers. Cf. à ce propos la jurisprudence du TF citée par GRABER (1987), pp. 19-21.

[452] Art. 38 CP.

[453] ATF 118 IV 218, 220 ; ATF 125 IV 113, 115 ; TRECHSEL (1997), p. 163, n°1.

[454] Sur les *origines* de la libération conditionnelle, cf. ROTH (1994*a*).

[455] Art. 38 ch. 2 et 47 CP. Pour des exemples de règles de conduite, cf. FAVRE/PELLET/STOUDMANN (2004), ad. art. 38, p. 118.

[456] Art. 38 ch. 3 CP. Il ressort des recherches empiriques de GRABER (1987), p. 34 et LANGUIN/SARDI (1994), p. 132 que l'imposition de règles de conduite dans le cadre d'une libération conditionnelle varie selon les cantons.

[457] Art. 38 ch. 4 CP. Pour plus de précisions, cf. BAECHTOLD in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), pp. 471ss, n°36ss.

[458] A ce propos, CLERC (1965*a*), p. 420 se posait déjà la question de savoir si « *dans un Etat fédératif, qui abandonne aux cantons l'exécution des peines, [il est] possible d'instituer un véritable régime pénitentiaire ?* » et de conclure que l'« *on continuera encore longtemps à parler non pas du, mais des systèmes pénitentiaires en Suisse* ».

[459] Soit qu'ils « *font courir des risques graves à la collectivité, aux autres détenus ou au personnel* », soit qu'ils « *présentent un danger de fuite particulièrement élevé* », soit encore qu'ils le sollicitent, « *pour leur protection* ». Cf. art. 1er du Règlement concernant le régime de sécurité renforcée aux Etablissements de la plaine de l'Orbe (RSVD 340.01.1).

[460] La décision relative aux congés et au placement en régime de fin de peine revient à l'autorité compétente désignée du canton de jugement. La Direction émet toutefois un préavis. Cf. les art. 18 et 22 du Concordat romand, l'art. 4 al. 4 et l' art. 5 du Règlement n° R-2/1 et art. 5 al. 1er du Règlement n° R-5/1. La décision de rétrogradation ou de réintégration en cas de non-respect des conditions relatives au régime de fin de peine revient aussi à l'autorité de placement en vertu de l'art. 5 du Règlement n° R-2/1.

[461] Dont la décision revient à l'autorité de placement du canton de jugement. Cf. par exemple l'art. 2 du Règlement concernant le régime de sécurité renforcée aux Etablissements de la plaine de l'Orbe (RSVD 340.01.1).

est également compétente pour décider de la suspension provisoire du régime dans l'attente d'une décision de l'autorité de placement à son propos[462].

L'objectif exprimé au titre troisième de la partie générale du Code pénal tend par conséquent à instaurer un régime pénitentiaire qui s'inscrit dans un processus évolutif, par lequel le détenu doit peu à peu acquérir la faculté de se prendre lui-même en charge et prouver sa volonté de réintégrer une société dont il a nié les règles à un moment donné. Appliqué dans nombre de nos établissements pénitentiaires, ce régime est ponctuellement contesté par certains pénologues qui l'assimilent à une « *politique du bâton et de la carotte* » susceptible d'être facilement déjouée par certains détenus[463].

1.4.3 Nouvelles perspectives avec l'entrée en vigueur du Code pénal révisé

Au régime progressif en vigueur, le nouveau Code pénal substitue trois formes particulières d'exécution des peines privatives de liberté de plus de six mois[464], faisant fi de la mécanicité du système par étapes[465].

La première forme d'exécution consiste en l'*exécution ordinaire* de la peine (art. 77 nCP). Le détenu évoluera vingt-quatre heures sur vingt-quatre à l'intérieur du périmètre de l'établissement. Il ne pourra en sortir qu'exceptionnellement, par exemple à l'occasion de congés. La première phase, cellulaire, du régime d'exécution ne sera plus obligatoire. Elle sera toutefois envisageable pour une semaine au plus à l'arrivée du détenu dans l'établissement, afin de préparer l'exécution de sa peine[466]. La deuxième forme concerne plus spécifiquement les personnes condamnées à une peine de longue durée. Elle leur octroiera la possibilité, sous réserve des conditions énumérées à l'article 77*a* nCP, d'effectuer un *travail à l'extérieur* de l'établissement[467]. Si le détenu donne satisfaction dans la réalisation de son activité professionnelle hors les murs, il pourra aussi bénéficier d'un logement externe. Enfin, la troisième forme d'exécution de la peine consacre la semi-détention (art. 77*b* nCP). Elle sera désormais la règle pour toute personne condamnée à une peine privative de liberté de six mois à une année, pour autant qu'il n'y ait « *pas lieu de craindre qu' [elle] ne s'enfuie ou ne commette de nouvelles infractions* » et qu'« *un accompagnement approprié [lui] soit garanti pendant le temps d'exécution* »[468]. Ici aussi le détenu accomplira son travail à l'extérieur, mais passera son temps de repos et de loisirs dans l'établissement.

---

[462] Art. 3 al. 2 et al. 3 du Règlement n° R-2/1. Cf. également l'art. 5 al. 2 dudit Règlement s'agissant de la suspension provisoire du régime de fin de peine par la Direction « *pour des motifs graves et à titre de mesures conservatoires* ».

[463] Voir par exemple VALLOTTON (2003), p. 37.

[464] L'exécution des courtes peines privatives de liberté, c'est-à-dire de moins de six mois, est régie à l'art. 79 nCP.

[465] FF 1999 1787, 1921.

[466] Art. 78 lit. a nCP. La détention cellulaire est également expressément prévue dans les cas où la protection du détenu ou de tiers l'indique (art. 78 lit. b qui vise les situations dans lesquelles le détenu doit être protégé de ses codétenus ou isolé en raison de son état psychique et celles dans lesquelles il convient de protéger ses codétenus et/ou les membres du personnel) ou à titre de sanction disciplinaire (art. 78 lit. c).

[467] Il s'agit en fait de la semi-liberté, terme usuellement consacré par les praticiens pour désigner l'accomplissement d'un travail hors l'enceinte de la prison, alors que le temps libre est passé en son sein, et qui constitue on l'a vu en droit positif la troisième phase du régime progressif.

[468] MICHOD (2004), pp. 171s.

S'agissant de la libération conditionnelle, l'article 86 nCP règle plus précisément les conditions et la procédure. Elle interviendra également aux deux tiers de la peine et sous réserve d'un pronostic favorable de l'évolution du condamné. L'autorité compétente agira d'office et se fondera notamment sur le rapport de la direction et l'audition du détenu. Au cas où elle conclura au refus de la libération conditionnelle, elle sera tenue de réexaminer sa décision une fois l'an au moins. Ce système souffre de deux exceptions. La première fait intervenir la libération conditionnelle à la mi-peine déjà, lorsque des « *circonstances extraordinaires qui tiennent à [l]a personne [du détenu] le justifient* », telles que par exemple une soudaine et irréversible détérioration de son état de santé. La seconde concerne la situation des personnes condamnées à vie et pour lesquels la libération conditionnelle pourra être octroyée au plus tôt après quinze années de détention ou, dans les mêmes « *circonstances extraordinaires* », après dix ans.

L'établissement du pronostic dont il est question demeurera encore et toujours malaisé. Aussi conviendra-t-il de prendre en considération l'ensemble des faits entourant l'intéressé pour apprécier son risque de récidive et ne pas se limiter au seul examen de son comportement en détention. Il n'existe en ce domaine aucune conviction[469]. Le nouveau Code pénal ne dispose d'aucuns critères pour déterminer cette probabilité et renvoie de la sorte à la doctrine et à la jurisprudence le soin de les établir. Le Message du Conseil fédéral se borne à mentionner que dans les cas de « *petite et moyenne criminalité* », l'autorité compétente se limitera à « *un pronostic intuitif, ne serait-ce que pour des raisons d'économies procédurales* »[470]. Dans les cas graves en revanche, et en particulier s'agissant des infractions retenues à l'article 64 al. 1er nCP, le concours de représentants des autorités de poursuite pénale, d'exécution des sanctions et des milieux psychiatriques devra être requis. Les experts mandatés pour se prononcer ne devront pas avoir préalablement traité l'intéressé, ni s'en être occupés « *d'une quelconque manière* »[471].

Un délai d'épreuve correspondant au solde de la peine, d'une fourchette de un à cinq ans, sera imparti au détenu libéré conditionnellement[472]. L'autorité compétente en matière de libération conditionnelle lui imposera généralement une assistance de probation pour toute la durée du délai d'épreuve, assistance à laquelle pourront en outre s'ajouter des règles de conduite. Le détenu qui fait preuve d'un comportement adéquat sera libéré définitivement à l'issue du délai d'épreuve[473]. Si toutefois l'infraction commise par l'intéressé relève de l'article 64 al. 1er nCP et qu'à l'expiration du délai d'épreuve la nécessité de maintenir l'assistance de probation et/ou les règles de conduite subsiste, le juge pourra sur requête de l'autorité d'exécution les prolonger, pour une période à chaque fois de un à cinq ans. Le juge sera également en mesure d'ordonner de nouvelles règles de conduite, toujours dans le souci de prévenir la commission de nouvelles infractions[474]. Il prononcera en revanche la réintégration dans l'établissement si le détenu libéré conditionnellement commet un crime ou un délit durant le délai d'épreuve[475]. Là aussi un régime d'exception est prévu. Si le juge estime qu'il n'y a pas lieu de craindre une nouvelle infraction, il se contentera d'avertir le condamné et de « *prolonger le délai d'épreuve de la moitié au plus de la durée fixée à l'origine par l'autorité compétente* », tout en lui

[469] STRASSER (1994), pp. 154s.
[470] FF 1999 1787, 1929.
[471] Art. 62*d* al. 2 *in fine* et art. 64*b* al. 2 *in fine* nCP.
[472] Art. 87 nCP.
[473] Art. 88 nCP.
[474] Art. 87 al. 3 nCP.
[475] Art. 89 al. 1er nCP.

imposant en principe une assistance de probation voire, le cas échéant, des règles de conduite[476]. Si le condamné, sans commettre de nouvelle infraction, se soustrait à l'assistance de probation et/ou viole les règles de conduite, l'article 95 al. 3 à 5 nCP s'appliquera[477].

A la différence du droit positif, l'autorité judiciaire on l'a vu sera désormais compétente, non pas seulement pour juger de la nouvelle infraction, mais également pour statuer sur la réintégration[478]. Le juge prononcera à ce titre une peine d'ensemble, à laquelle s'appliquera à nouveau les règles précitées sur la libération conditionnelle[479].

Notons encore que des régimes dérogatoires d'exécution de la peine privative de liberté sont prévus à l'article 80 nCP. Ils concernent les détenus souffrants de problèmes graves de santé et les femmes détenues durant leur grossesse, au moment de l'accouchement et immédiatement après cet événement[480]. Le placement dans un établissement autre que pénitentiaire sera envisageable pour ces personnes. Il pourra notamment s'agir, comme en droit positif, d'un hôpital ou d'un hospice[481], mais également d'un centre de réadaptation, d'une institution spécialisée dans la prise en charge des personnes âgées, atteintes d'une maladie grave, ou d'un handicap physique et/ou psychique sérieux. Le Conseil fédéral sera également habilité à édicter des dispositions plus détaillées concernant le placement et la prise en charge des femmes enceintes ou avec un enfant en bas âge[482].

Enfin, le prévenu incarcéré qui le requiert pourra entamer l'exécution de sa peine de façon anticipée, s'il est à prévoir qu'il écope d'une peine ferme[483]. Le commencement anticipé de l'exécution lui permettra comme par le passé d'accéder à des possibilités que ne lui offre pas le régime de détention préventive[484]. D'aucuns estiment en outre que l'exécution anticipée est susceptible « *d'améliorer [s]es chances de réinsertion* »[485]. Jusqu'à présent prévue uniquement par certaines législations cantonales[486], cette institution sera désormais élevée au rang fédéral[487].

---

[476] Art. 89 al. 2 nCP.
[477] Art. 89 al. 3 nCP.
[478] Cette compétence attribuée au juge répond en partie aux « *améliorations* » nécessaires soulignées par ROTH (1994*c*), p. 208 pour freiner « *le déclin* » de la libération conditionnelle, à savoir une certaine judiciarisation de l'exécution des peines, une diminution des disparités cantonales et une meilleure motivation des décisions concernant la libération conditionnelle. Ces trois améliorations plaident aussi en faveur d'une égalité de traitement en la matière. La judiciarisation dont il est question dans le Code pénal révisé se limite toutefois à la décision de réintégration et ne s'étend pas à la compétence de statuer sur l'opportunité de l'octroi de la libération conditionnelle.
[479] Art. 89 al. 6 nCP.
[480] Pour de plus amples développements sur les aménagements envisageables pour permettre à une condamnée d'élever son enfant en bas-âge, cf. MICHOD (2004), p. 169.
[481] Art. 40 al. 2 CP. L'art. 80 nCP se distingue de l'art. 92 nCP. Alors que l'art. 80 nCP correspond à l'art. 40 al. 2 CP, l'art. 92 nCP se réfère à l'interruption de l'exécution de la peine définie à l'art. 40 al. 1er CP.
[482] Art. 387 al. 1 lit. c et d nCP.
[483] Sur la nature du consentement du prévenu à l'exécution anticipée de sa peine et les conditions qui le président, cf. ROTH (1998), pp. 369ss.
[484] CLERC (1975), p. 71. Pour un survol des questions récurrentes autour de l'exécution anticipée de la peine, cf. DE ROUGEMONT (1979), pp. 134ss; SCHUBARTH (1979); HÄRRI (1987). Voir également les ATF 104 Ib 24 ; 117 Ia 72 ; 117 Ia 257 et BJP 1/2000, n°709, p. 18.
[485] FF 1999 1787, 1919.
[486] Notons que dans le canton de Schwyz, elle est pratiquée selon le droit coutumier. A ce propos, cf. BJP 4/2004, n°604, p. 115.
[487] Art. 75 al. 2 nCP. Cf. également l'art. 58 al. 1er nCP s'agissant des mesures.

1.5 Prise en charge psycho-médico-sociale en milieu carcéral

Les fonctions dévolues à la peine privative de liberté sont on l'a vu multiples. Son exécution poursuit dès lors une pluralité d'objectifs, mentionnés à l'article 37 CP. En particulier, la peine doit être exécutée « *de manière à exercer sur le détenu une action éducative et à préparer son retour à la vie libre* ». Le processus de (re)socialisation visant à la (ré)insertion du détenu dans la société libre passe dès lors par une prise en charge globale de sa personne, qui fait appel à la mise en œuvre de différents moyens[488].

Il convient d'emblée de préciser ici que la notion de « traitement (pénitentiaire) » a longtemps été employée en référence à l'ensemble des procédés gouvernant la (re)socialisation du condamné. Elle l'est d'ailleurs encore, notamment dans plusieurs textes supranationaux de référence en la matière[489]. La polysémie du terme « *traitement* » rend toutefois cette notion particulièrement équivoque[490]. Elle est susceptible en effet de renvoyer à la sphère médicale, alors que la prise en charge dont il est question se réfère à un encadrement qui dépasse le seul territoire thérapeutique. Par ailleurs, la notion de « traitement » se confond aussi avec celui dont il est question à l'article 3 CEDH, à savoir le « *traitement inhumain et dégradant* » et l'article 7 du Pace ONU II, c'est-à-dire le « *traitement cruel, inhumain ou dégradant* ». Il peut enfin en outre être synonyme de « *salaire, de rétribution* »[491]. Aussi lui préférons-nous l'expression de *prise en charge psycho-médico-sociale* [492].

1.5.1 Teneur actuelle

Aux termes de l'article 46 ch. 2 CP, il doit être pourvu dans chaque établissement « *aux besoins de la vie morale, culturelle et corporelle des détenus* ». La prise en charge du détenu touche par conséquent à l'ensemble des aspects pyscho-sociaux, médicaux et spirituels de sa

---

[488] BRÄGGER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 438, n° 2.

[489] Cf. notamment l'art. 10 ch. 3 Pacte ONU II ; la règle 3 de la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes et la quatrième partie de ladite Recommandation intitulée « *Objectifs du traitement et régime* ». Ce terme est également utilisé dans les intitulés mêmes de plusieurs de ces instruments, parmi lesquels la Résolution (76)2 sur le *traitement* des détenus en détention de longue durée, adoptée par le Comité des Ministres le 17 février 1976, lors de la 254e réunion des Délégués des Ministres et la Recommandation n° R(82)17 relative à la détention et au *traitement* des détenus dangereux, adoptée par le Comité des Ministres le 24 septembre 1982, lors de la 350e réunion des Délégués des Ministres. Le Comité restreint chargé de la rédaction du rapport relatif à cette recommandation souligne que ce terme a fait l'objet de vives controverses en son sein. Il l'a toutefois maintenu en précisant qu'il convient de « *le prendre dans un sens large comprenant les mesures nécessaires pour maintenir ou rétablir la santé physique et mentale des détenus, ainsi qu'à tout un éventail d'activités destinées à encourager et à promouvoir la réinsertion sociale et à offrir aux détenus les moyens de mener une vie responsable dans la collectivité et de s'affranchir de la délinquance. Le « traitement » doit donc s'entendre comme englobant la formation sociale, la scolarité, l'instruction générale, la formation professionnelle, le travail, des activités de loisirs raisonnables, l'exercice physique, les visites, la correspondance, les journaux, les revues, les livres, la radio, la télévision, l'intervention de travailleurs sociaux, l'assistance de ministres du culte et la préparation à la libération* ». Cf. CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la détention et le traitement des détenus dangereux*, Strasbourg, 1983, p. 14, cité par FAUGERON (1995), p. 56. Dans le même sens, cf. GONSA (1992), p. 16.

[490] A ce propos, voir les développements de SYR (1990), pp. 47-50; PEDRON (1995), pp. 41s; MBANZOULOU (2000), p. 33; KELLENS (2003), p. 75.

[491] CASILE-HUGUES (1994), p. 120.

[492] Dans le même sens, voir PEDRON (1994), p. 49 et pp. 64s qui lui préfère la dénomination de « *dispositif social d'accompagnement à la réinsertion* ». Sur ce point, cf. également HOOD (1995*b*), p. 217.

vie en détention, dans une optique de réponse individualisée aux buts assignés à l'exécution de la peine privative de liberté.

La prise en charge psycho-médico-sociale fait l'objet de prescriptions relativement détaillées dans les normes d'exécution cantonales ; chaque établissement étant libre de décider, concrètement, des modalités de sa mise en oeuvre. Des nuances dans l'application locale de ce concept d'exécution peuvent donc être constatées. Dans les grandes lignes toutefois, il repose sur plusieurs piliers, à savoir : les soins, la sociabilité, la spiritualité, les contacts avec l'extérieur et le travail.

L'encadrement médical, requis par le détenu et/ou ordonné par un tribunal, est assumé par des spécialistes en médecine somatique et en psychiatrie. Les premiers, en particulier, sont censés œuvrer également dans le domaine de la prévention sanitaire et favoriser chez les détenus une conscience quant à l'importance de leur bien-être physique et de leur hygiène. Les exercices physiques et « les promenades » y concourent, raison pour laquelle des heures du temps carcéral leur sont expressément consacrées. L'offre psycho-sociale est généralement assurée par des travailleurs sociaux[493] et/ou des psychologues. Il leur appartient en particulier d'assister et d'encadrer les détenus dans toutes leurs démarches destinées à la préparation de leur retour à la vie libre et de favoriser le maintien de leurs contacts avec l'extérieur. Il leur revient en outre d'organiser des activités socioculturelles et sportives qui pourront réunir détenus et autres membres du personnel, voire même des tiers venus de l'extérieur (par exemple à l'occasion d'une partie de football ou d'un concert). Ils sont chargés enfin, dans certains établissements, de mettre en œuvre l'animation pédagogique (cours de langue, d'informatique, d'alphabétisation, bibliothèque, ateliers cuisine, cinéma, etc.). Quant à l'assistance spirituelle, elle relève d'un homme de foi. Les différentes confessions des détenus sont prises en considération. Il n'est donc pas rare de voir tour à tour mobilisés un ecclésiastique, un imam et un rabbin, par exemple. Des services religieux sont également prévus dans chaque établissement. Les contacts avec l'extérieur, et en particulier avec la famille de la personne incarcérée, doivent en outre être privilégiés. Ils s'établissement *via* les visites, la correspondance[494], les congés et les autres autorisations de sortie octroyées à l'occasion d'événements spéciaux[495]. Ces différentes modalités de contact avec le monde extérieur sont néanmoins subordonnées au respect de certaines conditions liées à la sécurité[496]. Elles peuvent dès lors faire l'objet de restrictions qui sont aussi généralement précisées dans les directives internes des établissements. Le lien avec la vie libre est enfin aussi maintenu par l'accès à la presse écrite et aux médias, radiophoniques et audiovisuels.

[493] Reconnaissant l'importance de leur intervention, que se soit hors ou en les murs, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 17 janvier 2001, lors de la 737e réunion des Délégués des Ministres, la Recommandation n° R(2001)1 qui leur est consacrée.

[494] Les visites et la correspondance sont partiellement réglées à l'art. 5 OCP (1). Concernant les visites de l'avocat et la correspondance échangée avec ce dernier, cf. également l'art. 46 ch. 3 CP.

[495] Le Règlement (n° R-5/1) de la Conférence latine des chefs des Départements de justice et police (CLDJP) concernant l'octroi d'autorisations de sortie aux personnes condamnées adultes du 27 octobre 2003 fixe, entre autre, les conditions d'obtention d'un congé et des autres autorisations de sortie, ainsi que leur durée. Ce Règlement a notamment été approuvé par arrêté du Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel du 1er décembre 2003 (RSN 354.25).

[496] Cf. par exemple l'ATF 106 Ia 219.

Le travail demeure l'un des principaux fondements de l'intervention psycho-sociale auprès des personnes incarcérées[497]. L'article 4 par. 3 lit. a CEDH admet que « *le travail requis normalement d'une personne soumise à la détention (…)* » ne peut être qualifié de « forcé » ou d'« obligatoire »[498]. De même, aux termes de la Convention de l'Organisation internationale du travail, le travail imposé au condamné ne peut être considéré comme tel s'il est exécuté « *sous la surveillance et le contrôle des autorités publiques et que ledit individu n'[est] pas concédé ou mis à la disposition de particuliers, compagnies ou personnes morales privées* »[499].

Dans ces conditions, le travail est conçu pour le détenu à la fois comme une obligation mais aussi comme un moyen de resocialisation[500]. En sus de meubler le temps incarcéré et de pallier à "l'oisiveté", il participe en effet à l'acquisition de certaines habitudes propres au monde libre du travail, lequel est incontestablement « *un vecteur d'intégration* »[501]. Dès lors, le travail assigné au détenu doit selon la loi répondre « *dans la mesure du possible* » à ses aptitudes et lui permettre de subvenir à ses besoins au moment de son retour à la vie libre[502]. Il apparaît toutefois que les possibilités de travail offertes en milieu carcéral se restreignent souvent aux travaux manuels, notamment en lien avec le domaine agricole et/ou horticole de l'établissement et au sein d'ateliers divers (bois, cuisine, etc.)[503], quand elles ne constituent pas « *un travail non qualifié, répétitif et sans aucune valeur éducative* », tels que le repassage et les nettoyages[504]. Dans le même ordre d'idées, des programmes de formation (notamment des cours de langues, d'informatique, etc.) et des places d'apprentissage sont certes prévus[505],

---

[497] Toujours dans le même esprit que la Résolution (75)25 sur le travail pénitentiaire, adoptée par le Comité des Ministres le 18 septembre 1975, lors de la 248e réunion des Délégués des Ministres. Sur le rôle, le sens et la nature - réels et souhaités - du travail en prison, ainsi que les obstacles auxquels il se heurte, cf. notamment les travaux sur ce thème de la FIPP réunis dans le volume : FONDATION INTERNATIONALE PENALE ET PENITENTIAIRE, *Quelques questions-clés de la politique pénitentiaire actuelle*, Actes du VIIIe Colloque international, Fuchu-Tokyo/Japon, 16-20 janvier 1998.

[498] Dans le même sens, cf. également l'art. 8 par. 3 lit. c i Pacte ONU II. Sur le travail des détenus au regard de l'art. 4 par. 3 lit. a CEDH, lire MALINVERNI in PETTITI/DECAUX/IMBERT (1999), ad. art. 4 CEDH, pp. 184-186 et arrêts cités.

[499] Art. 2 ch. 2 lit. c de la Convention n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire, adoptée à Genève le 28 juin 1930 et entrée en vigueur pour la Suisse le 23 mai 1941 (RS 0.822.713.9).

[500] Plusieurs auteurs y voient toutefois plus une *obligation* pour le détenu et un *moyen* pour l'administration pénitentiaire de maintenir l'ordre. Lire notamment CRESSEY (1965), p. 1039. Partant de l'idée que se soustraire au travail est constitutif d'une infraction disciplinaire dans certains établissements, il estime que « *The rules pertaining to work, like other rules, are viewed primarily as devices for keeping dangerous inmates form threatening the security of the institution. It is the prinsoner's duty to follow such rules and the employee's duty to see that there is no deviation from them. Although work might be refferred to as a « privilege » given to inmates, this is a privilege in the form of freedom from isolation in punishment celles, not in the form of freedom to spend one's time in companionate leisure or in recreational activity* ». L'analyse est certes intéressante, mais elle est fortement imprégnée des recherches menées par l'auteur dans des établissements pénitentiaires américains de haute sécurité. Il convient dès lors de la nuancer dans le contexte qui nous occupe. Ainsi, comme le souligne WEBSTER (1998), p. 189, la conception du travail en tant qu'élément essentiel du processus de (re)socialisation des condamnés s'est transformée en parallèle à l'évolution du sens donné et de l'orientation assignée à cet objectif. Dans ces conditions, le travail n'a plus à être considéré comme un élément "régénérateur", voire même "purificateur", mais plutôt comme un paramètre parmi d'autres de « *normalisation* » et de « *non-désocialisation* » (pp. 189-193).

[501] VALLOTTON (2000*b*), p. 70; BRÄGGER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 441, n°8.

[502] Art. 37 ch. 1er CP.

[503] D'aucuns soulignent également la difficulté de « *maintenir en activité* » les détenus, dans un contexte socio-économique « *de plus en plus difficile* ». Cf. notamment BEST (1999).

[504] CORTHAY/KUHN (2004), p. 56.

[505] En vertu du par. 78 de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes « *L'éducation doit être considérée comme une activité du régime pénitentiaire, au même titre que le travail, à*

mais les places sont souvent limitées[506]. Les détenus les moins chanceux doivent alors se tourner vers une autre occupation[507]. En définitive, les offres de travail ne correspondent pas toujours au "profil" des personnes incarcérées et n'assouvissent que rarement leurs aspirations.

Le détenu qui satisfait à l'exécution de son obligation de travail reçoit un pécule[508], dont le montant est fixé, pour les cantons romands et du Tessin, par la Conférence du Concordat[509]. Les ordonnances d'exécution cantonales déterminent, avec plus ou moins force de détails, son affectation et son utilisation dans le cadre de la privation de liberté[510].

Enfin, dans le prolongement de l'évolution du sens donné à la notion de (re)socialisation, la prise en charge des personnes incarcérées se lit de plus en plus à la lumière du concept de « normalisation »[511]. Ce principe désigne « *le rapprochement des conditions de vie en prison de celles qu'elles sont dans la société globale* »[512]. L'idée étant qu'il faut tendre à une vie carcérale qui s'inspire des codes de la société civile, pour laisser une chance au détenu de la regagner un jour[513].

1.5.2 Nouvelles orientations

Le Code pénal révisé se garde de promulguer clairement les objectifs assignés à l'exécution de la sanction privative de liberté. Aux termes de l'article 75 al. 1er, première phrase nCP, l'exécution de la peine doit « *doit améliorer le comportement social du détenu, en particulier son aptitude à vivre sans commettre d'infractions* ». Tant la resocialisation du condamné que la prévention spéciale sont donc ici visés, sans toutefois que l'on sache précisément quel est l'objectif qui prime. Pour le Conseil fédéral, « *c'est surtout devant le risque quasiment inévitable de conflits sur les objectifs à atteindre que les experts ont renoncé à définir le but proprement dit de l'exécution des peines privatives de liberté* »[514]. La confusion entretenue entre ces deux finalités s'avère dès lors intentionnelle et nous sommes de ceux qui la regrettent. Dans le même ordre d'idées, la consécration du principe dit de « normalisation »,

---

condition qu'elle soit intégrée dans l'horaire normal de travail et fasse partie intégrante du programme de traitement personnalisé ». Cf. également la Recommandation n° R(89)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'éducation en prison, adoptée par le Comité des Ministres le 13 octobre 1989, lors de la 429e réunion des Délégués des Ministres.

[506] Sur cette pénurie d'opportunités de formations (de base, continue et professionnelle) et la reconnaissance ambiguë qui leur est concédée, cf. CORTHAY/KUHN (2004).

[507] Pour ces détenus alors, il se pose en effet la question de savoir si ces activités ne se réduisent pas à contribuer à « *la stabilité de l'institution en disciplinant les détenus dont la résistance ou l'oisiveté constituerait un risque de perturbation pour son bon fonctionnement* ». Sur ce point, cf. MARY/DURVIAUX (1991), p. 41.

[508] Art. 376ss CP.

[509] Art. 27 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin.

[510] Cf., par exemple, les art. 6, 7, 35, 36, 41 et 43 du Règlement des détenus et des internés des Etablissements de Bellechasse du 9 décembre 1998 (RSF 341.1.12).

[511] BAECHTOLD (2005), pp. 28-30.

[512] LHUILIER/VEIL (2000), p. 296. Sur cette notion, cf. RENTZMANN (1992), pp. 9s.

[513] Cf. également le par. 65 lit. b de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes, aux termes de laquelle « *Tous les efforts doivent être entrepris pour s'assurer que les régimes des établissements soient établis et gérés de manière à: (…) b. réduire au minimum les effets préjudiciables de la détention et les différences entre la vie carcérale et la vie en liberté afin que les détenus ne perdent pas le respect de soi ou le sens de leur responsabilité personnelle* ».

[514] FF 1999 1787, 1919.

ainsi que les buts d'assistance au détenu, de réduction des effets néfastes de la privation de liberté et de protection de la communauté pénitentiaire et civile[515] se côtoient pêle-mêle sous le même alinéa, deuxième phrase de l'article 75 nCP, sans aucun ordre de préséance[516]. En cas de conflits entre ces « *règles fondamentales* », le Conseil fédéral répond laconiquement qu'il s'agira d'effectuer « *une pesée des intérêts en jeu, compte tenu de la situation concrète* »[517].

Le nouveau Code pénal substitue en revanche à la formulation lacunaire de l'article 46 CP une série de règles plus explicites. L'article 75 al. 3 nCP enjoint les cantons à prévoir dans leurs règlements d'établissements l'élaboration d'un plan d'exécution de peine (PEP) pour chaque détenu. Etabli de concert avec la personne incarcérée, il devra porter 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* ». Cet instrument s'inscrit dans un processus d'individualisation de l'exécution de la sanction privative de liberté[518] et de promotion de la « *responsabilisation* » du détenu[519], qui veut d'une part que soient pris en considération ses qualités intrinsèques, et d'autre part qu'il « *participe activement aux efforts de resocialisation mis en oeuvre et à la préparation de sa libération* »[520]. Pour ce faire, l'administration pénitentiaire sera appelée à trouver des moyens susceptibles de susciter l'intérêt du détenu à l'accomplissement planifié de sa peine, à mobiliser son engagement et à maximaliser ses compétences propres.

Le PEP procède d'une idée de contractualisation[521], en ce sens qu'il résulte d'une sorte de pacte ou d'« *engagement réciproque* »[522] entre l'administration pénitentiaire et le détenu qui, s'il est respecté par ce dernier, lui permet de se voir attribuer des "avancements" (passage à un nouveau régime, octroi de mesures d'aménagement de peine, etc.) ou certaines "prérogatives"[523]. De nombreux établissements recourent déjà à cet outil, mais les pratiques le concernant sont encore très diversifiées d'une institution à l'autre[524]. Le Code pénal révisé remédie en partie à ces disparités. Non seulement il le rend obligatoire, mais il précise également son contenu. Il n'empêche qu'un certain nombre d'inconnues le concernant, en

---

[515] Sur ces principes, lire BAECHTOLD (2005), pp. 107s.

[516] *Contra* : MICHOD (2004), p. 167 pour laquelle « *la priorité absolue devra (…) être accordée au principe premier, soit l'amélioration du « comportement social » du détenu, le quatrième principe énuméré ci-dessus étant subsidiaire aux trois premiers* ».

[517] FF 1999 1787, 1919.

[518] Au sens où l'entend SALEILLLES (rééd. 2001) ; c'est-à-dire « *l'individualisation administrative* » qui se fonde plus sur l'individu, sa personnalité et ses ressources, que sur l'acte qu'il a commis.

[519] Sur cette notion, cf. notamment RENTZMANN (1992), pp. 13s.

[520] Art. 75 al. 4 nCP. Plus généralement, sur la traduction en les murs des concepts de « participation », d'« initiative » et de « responsabilisation », voir COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS (1986).

[521] « *D'une idée* » car la contractualisation dont il est question ici demeure imparfaite, ainsi que nous le verrons ultérieurement.

[522] BLONDIEAU (1995), p. 195.

[523] Ce concept n'est pas nouveau. Plusieurs établissements pénitentiaires helvétiques prévoient déjà ce type d'accord entre l'administration et les détenus qui le souhaitent. Tel est le cas par exemple de la possibilité pour des patients-détenus toxicomanes de certaines institutions de conclure un contrat interdisciplinaire avec plusieurs intervenants convoqués à leur prise en charge, par lequel ils s'engagent à respecter certaines règles "en échange" d'un certain nombre de mesures, parmi lesquelles une cure de substitution et un suivi thérapeutique. A ce sujet, lire DEVAUD/GRAVIER (1999), p. 2051; SCHEKTER/DE VEVEY (1999), p. 6; HUNGERBÜHLER/DECREY (1999), pp. 4s et DUFLON (2004), p. 2. Pour un autre exemple de "contractualisation" en ce domaine, dans une prison belge, cf. LAUWERS/VAN MOL (1995), p. 33.

[524] A ce propos, lire WERREN (2005).

particulier relatives aux détenus auxquels il s'adressera et à la façon dont il sera concrétisé et le cas échéant révisé, devront être résolues par les cantons, dont il y fort à penser que les solutions divergeront. Enfin l'individualisation de l'exécution de la peine présidera aussi à l'obligation d'observer les préoccupations et les besoins spécifiques des détenus en fonction de leur sexe, tel que le prévoit l'article 75 al. 5 nCP [525].

En vertu du principe dit de « normalisation », les personnes incarcérées devront bénéficier d'un accès aux moyens nécessaires à leur (re)socialisation dans une mesure qui corresponde le plus possible aux conditions dont elles disposeraient en milieu libre. Aussi les cantons devront-ils pourvoir à leur encadrement psycho-médico-social, éducatif et spirituel, dans un esprit d'équivalence avec la société libre. Les relations du détenu avec l'extérieur seront également privilégiées[526]. Elles pourront prendre la forme de visites, de contacts téléphoniques ou épistolaires et de congés. Seules des raisons fondées sur l'ordre, la sécurité et, s'agissant des congés, de prévention des risques de fuite et/ou de récidive, pourront restreindre le déploiement de ces moyens. Ces limitations devront en outre dans tous les cas respecter le principe de la proportionnalité et être communiquées à l'intéressé, à moins qu'elles ne concernent *« des mesures de procédure destinées à garantir la poursuite pénale »*[527]. Nous nous attarderons plus longuement sur les restrictions apportées aux relations du détenu avec l'extérieur dans le cadre circonscrit du contrôle de la correspondance du détenu échangée avec un professionnel de la santé[528].

Entre autres exceptions, deux éléments prépondérants dérogeront au concept de normalisation[529], à savoir l'*obligation* de travailler et la *rémunération* du travail fourni[530]. Le CP révisé maintient en effet l'astreinte au travail, quand bien même cette obligation n'est pas de mise en milieu libre et qu'il apparaît pour certains « *contre-productif* » de la conserver[531]. Le travail demeurera considéré comme un élément essentiel du processus de resocialisation du condamné. Il pourra être effectué à l'extérieur de l'établissement, auprès d'un concessionnaire privé, moyennant le consentement du détenu[532]. Il pourra également consister en une formation de base ou continue[533].

---

[525] Sur les spécificités du milieu carcéral féminin, lire notamment BERTRAND M.-A. (1998) et ALBRECHT/GUYARD (2001), ainsi que les travaux de la sociologue ROSTAING (1996, 1997, 1998) et l'étude criminologique dans une perspective genre de ZEDNER (1991). Dans le même sens que cette dernière, mais en privilégiant l'approche historique, cf. LESSELIER (1984). Pour la Suisse, voir notamment EGGEN (1987); ENDERLIN CAVIGELLI (1992); BOEHLEN (2000) et sous l'angle des problèmes de santé spécifiques aux femmes incarcérées, DE SANTIS (2002). Enfin, HEIMOZ (2003); RICHARD (2003) et le dossier constitué in : Informations pénitentiaires suisses 3/1987, pp. 122-140 s'attardent sur la question de la collaboration des femmes (intervenantes) à l'exécution de la sanction.

[526] Art. 84 nCP.

[527] Art. 84 al. 2 nCP.

[528] Voir *infra*, partie II, pt. 4.2.2.3.

[529] Aux côtés des autres « *limites* » qu'il accuse, soulignées notamment par SNACKEN (2002), qui s'interroge sur ce concept à l'aune de l'Avant-projet de "loi pénitentiaire" belge, entrée depuis lors en vigueur. Parmi ces autres exceptions à ce principe, on peut notamment citer la non reconnaissance d'un droit à entretenir des relations conjugales intimes. Sur cette question, lire également CARDON (2002). Si son analyse restitue la situation telle qu'elle se présente dans les établissements de détention préventive et pour peine français, elle se révèle à de nombreux égards transposable à la situation helvétique.

[530] Si le travail est certes un élément du concept de « normalisation », dans l'esprit par exemple du par. 72 de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes, il y déroge dans un même temps sur plusieurs points. A ce propos, cf. BAECHTOLD (1992), en particulier pp. 389-392.

[531] Cf. notamment VALLOTTON (2000*b*), p. 78.

[532] Art. 81 nCP.

[533] Art. 82 nCP en lien avec l'art. 83 al. 3 nCP.

Par ailleurs, la source de revenu que procurera le travail, si elle permettra certes au détenu d'améliorer son quotidien[534], restera moindre. En contrepartie du travail fourni, il ne sera pas versé de salaire, mais une rémunération. Le terme pécule, péjoratif, est en effet remplacé par cette notion définie comme étant plus « *neutre* »[535]. La rémunération sera remise au détenu *in casu*, « *en rapport avec ses prestations et adaptée aux circonstances* »[536]. L'examen du « *bon* » comportement du détenu[537] et de son adéquation avec les prestations fournies ne devra dans la règle pas être le seul critère d'appréciation pour évaluer le montant de la rémunération. L'administration sera ici appelée à prendre en considération l'ensemble des circonstances entourant la prestation de travail, mais également celles inhérentes à la situation personnelle du condamné[538]. Enfin, une partie de la rémunération sera placée à la libre disposition du détenu durant son incarcération, alors qu'une autre sera affectée à un fond dont il ne disposera qu'à sa libération[539]. Sous réserve de l'accord de la direction, cette dernière partie pourra néanmoins être utilisée par le détenu pour aider sa famille, verser une pension alimentaire ou rembourser ses dettes[540]. Aux termes de l'article 387 al. 1er lit. e, le Conseil fédéral pourra par ailleurs disposer des derniers détails relatifs à la rémunération.

Le fait que le travail sera encore considéré comme obligatoire illustre le décalage qui existe encore entre les principes - ici la « normalisation » - et leur traduction dans la loi[541]. Le fait par ailleurs que la rémunération du détenu demeurera anecdotique et qu'une partie sera soustraite à sa libre disposition atteste également que le concept de « responsabilisation » - et le statut participatif qu'il suggère - ne rayonnera pas sur l'ensemble de sa prise en charge[542].

En définitive, il apparaît que le nouveau droit des sanctions se borne à concrétiser les orientations données à l'encadrement psycho-médico-social déjà anticipées dans certains établissements, sans toutefois aller véritablement au-delà. Une réflexion prospective tend en outre à suggérer qu'il sera même susceptible de conduire en filigrane à la mise en œuvre d'une exécution mécanique et quasi implacable de la sanction.

1.5.3 Remarques prospectives

Si l'intervention psycho-médico-sociale auprès des personnes incarcérées poursuivra encore un objectif de (ré)insertion avec l'entrée en vigueur du Code pénal révisé, nous craignons toutefois qu'elle ne glisse vers une prise en charge toujours plus diligentée par un souci de protection de la sécurité publique[543]. Une approche prospective nous conduit en effet à penser que l'intervention sur les détenus - en particulier sur les détenus qualifiés de « dangereux » - sera susceptible de se durcir plus encore au profit de finalités presque exclusivement

[534] BERBUTO/SIMON (2003), p. 269.
[535] On trouvera les raisons invoquées à l'appui de ce changement de terminologie in : FF 1999 1787, 1925.
[536] Art. 83 al. 1 nCP.
[537] HERZOG-EVANS (1998*c*).
[538] Le Conseil fédéral souhaite par là éviter que « *la rémunération ne soit utilisée abusivement pour discipliner les détenus* » : FF 1999 1787, 1926.
[539] Art. 83 al. 2 nCP.
[540] FF 1999 1787, 1926
[541] Dans le même sens, WEBSTER (1998), pp. 193-196.
[542] Dans le même sens, VALLOTTON (2000*b*), p. 79.
[543] En ce sens également, cf. notamment BRUNNER M. (1999), p. 133.

sécuritaires[544]. Nous nous contenterons de formuler deux remarques et une perspective étrangère à l'appui de cette hypothèse.

La première remarque a trait à la libération conditionnelle[545]. A l'instar du droit positif[546], le Code pénal révisé ne précise pas clairement les motifs qui devront être retenus par l'autorité compétente en la matière à l'appui de ses décisions[547]. La terminologie employée dans les dispositions concernant la libération conditionnelle en atteste[548]. Il est encore question de « *pronostic (favorable)* », de « *prévisibilité* » et de « *probabilité* », de « *sécurité* », de « *risque* » et de « *circonstances extraordinaires* ». Alors que le pronostic est considéré comme « *déterminant* »[549], aucun critère d'appréciation autre que les conditions légales exprimées ici en termes généraux n'est établi, ne serait-ce que pour donner un cadre circonscrit aux évaluations requises. Certes, référence est faite à la doctrine et à la jurisprudence dont on peut effectivement s'attendre à ce qu'elles continuent de préciser ces notions[550]. Nous pensons néanmoins qu'il aurait été judicieux d'en fixer les critères déterminants. En effet, dans un contexte toujours plus focalisé sur l'objectif de sécurité publique et pénétré des stratégies réunies sous le paradigme dit de la « *nouvelle pénologie* »[551], on peut craindre deux attitudes de la part des autorités appelées à se prononcer[552]. La première, qu'elles adoptent une politique de maintien en incarcération quasi automatique. La deuxième, corrélative, qu'elles imposent aux condamnés des règles de conduite si rigoureuses qu'ils leur seront extrêmement difficile de les respecter. Et la libération conditionnelle d'être alors définitivement appréhendée en termes de risque et non de « *chance* » de (re)socialisation[553], et de se convertir « *en un mécanisme de réintégration dans la prison* »[554].

Les seuls véritables correctifs apportés au régime de libération conditionnelle actuel, outre l'exception à la règle des deux tiers s'agissant du *dies a quo*, concernent l'assurance d'un réexamen annuel de la décision de refus et la procédure de réintégration en cas d'échec. Dans ce dernier cas et en conformité avec l'article 5 CEDH, il appartiendra on l'a vu désormais à une autorité judiciaire de prononcer la réintégration[555]. Mais ces innovations procèdent-elles

---

[544] « *Plus encore* » car il s'agit là d'une préocupation itérative. Voir à ce sujet notamment AEBERSOLD (2000) ; BAECHTOLD (2000*b*); HEER (2002); MAZZUCCHELLI (2003).

[545] Cette première remarque s'inspire notamment des réflexions de BRION (2001) sur *les fonctions* et *la nature* de la libération conditionnelle telle qu'elle a été modifiée dans les lois belges de mars 1998.

[546] Voir BAECHTOLD in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), pp. 462ss, n°13ss.

[547] Il est en effet à l'heure actuelle laissée à chaque autorité compétente la tâche de déterminer elle-même lesdits motifs, conformément aux limites fixées par la loi et à la jurisprudence. STRASSER (1994) identifie et analyse ces motifs, tandis que LANGUIN/SARDI (1994) illustrent parfaitement les disparités qui résultent de la marge de manœuvre laissée aux autorités compétentes pour déterminer les critères sur lesquels elles se fondent.

[548] Cf. les art. 62ss (FF 1999 1787, 1891ss) et 64*a*ss nCP (FF 1999 1787 1907s) s'agissant de la libération conditionnelle consécutive à une mesure, et les art. 86ss nCP (FF 1999 1787, 1928ss) s'agissant de la libération conditionnelle consécutive à une peine.

[549] FF 1999 1787, 1929.

[550] BAECHTOLD (2005), p. 233. Pour un aperçu de la jurisprudence fédérale récente rendue en matière de libération conditionnelle, cf. HEER-HENSLER/WIPRÄCHTIGER (2002), en particulier pp. 51-58.

[551] FEELEY/SIMON (1992).

[552] En sus notamment de la disparité des pratiques et de certains conflits juridiques récurrents, soulignés notamment par HEER-HENSLER/WIPRÄCHTIGER (2002).

[553] ROTH (1994*b*), p. 19. LANGUIN/SARDI (1994), p. 136 concluent déjà à cette époque à une certaine propension des autorités vaudoises à orienter leur pratique de libération conditionnelle dans ce sens.

[554] RIHOUX/REYNAERT, cité par BRION (2001), p. 433.

[555] Cf. les art. 62*a* al. 1er lit. a et 64*a* al. 3 nCP s'agissant des mesures et l'art. 89 al. 1er nCP s'agissant de la peine. Cf. également l'art. 95 al. 5 nCP.

vraiment d'un véritable « *projet de politique criminelle* »[556] ? Sauront-elles renverser la tendance sécuritaire qui prime actuellement ?

Plus généralement, nous avons vu qu'il conviendra toujours de procéder à une pesée des différents objectifs poursuivis par l'exécution de la peine privative de liberté pour déterminer la prépondérance de l'un d'entre eux sur les autres. Nous appréhendons le moment où seuls des impératifs de gestion des risques dicteront la prise en charge des détenus, avec pour conséquence que certaines modalités d'exécution de la peine resteront lettre morte. Voyons par exemple le statut du congé. Comme en droit positif et à l'instar de la libération conditionnelle, il n'est pas de droit à son octroi[557]. Il s'agit plus d'un moyen inhérent au processus de (re)socialisation du détenu lui permettant non seulement de garder ses liens avec ses proches, mais également de se réapproprier graduellement le monde extérieur. Les congés revêtent dès lors une importance considérable. Pour autant, la loi se contente de renvoyer l'autorité investie de la décision d'octroi à des formules qui plaident toutes en faveur du but ultime de protection de la collectivité. Ainsi l'autorité sera-t-elle enjointe de vérifier que le comportement de l'intéressé en détention ne s'y oppose pas, qu'il ne présente pas de danger de fuite et qu'il ne risque pas de commettre de nouvelles infractions[558]. Eu égard à la marge d'appréciation conférée aux autorités compétente en la matière, il y a fort à penser que leurs décisions divergeront sensiblement, sauf sur un point : leur sévérité. Il y a tout lieu de penser en effet que dans un contexte où le mot d'ordre est « sécurité », l'autorité compétente hésitera de plus en plus à répondre par l'affirmative à une demande d'un congé. Nous en voulons pour preuve les récentes recherches empiriques canadiennes. Elles confirment précisément ce type de dérapage, lequel participe directement du déclin de l'« *idéal réhabilitatif* »[559] de l'exécution de la sanction privative de liberté. Aussi est-il pertinent de s'y attarder brièvement.

Dès la fin des années 1970 et notamment sous l'impulsion de plusieurs décisions judiciaires[560], le Canada se démarque comme étant l'un des Etats au monde parmi les plus précurseurs dans le domaine pénitentiaire[561]. L'adoption d'une "loi pénitentiaire"[562] en 1992 confirme cet état d'esprit en reconnaissant définitivement aux détenus un véritable statut de sujet de droit[563]. Sur le terrain, une attention particulière est portée aux prises en charge interdisciplinaires, à la qualification des intervenants ainsi qu'au taux d'encadrement des détenus. Dans une perspective résolument ouverte sur l'extérieur, des unités de vie familiale sont aménagées[564] et des agents de détention de sexe féminin sont engagés pour surveiller une population pénale masculine. S'agissant des modalités d'exécution de la peine, le système

---

[556] ROTH (1994*b*), p. 28.
[557] Cf. notamment l'art. 1er al. 2 du Règlement (n° R-5/1) concernant l'octroi d'autorisations de sortie aux personnes condamnées adultes du 27 octobre 2003.
[558] Art. 84 al. 6 nCP.
[559] HOOD (1995*a*), p. 14.
[560] Sur ces décisions, voir les développements de LEMONDE (1990); DUMONT (1993); MANSON (2001) et LEMONDE/LANDREVILLE (2002), en particulier pp. 74-78.
[561] LEMIRE (1991); VAN DEN ASSEM (1992).
[562] Loi régissant le système correctionnel, la mise en liberté sous condition et le maintien en incarcération, et portant création du bureau de l'enquêteur correctionnel (LSCMLC) du 18 juin 1992. Cf. également le Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition du 29 octobre 1992 (RSCMLC).
[563] LEMONDE (1995); SZABO (1999); LEMIRE (2003), p. 35. Sur le processus ayant mené à la reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées au Canada, lire LEMONDE/LANDREVILLE (2002); VACHERET (2004).
[564] Sur ces unités, cf. VACHERET (2005).

correctionnel fédéral en particulier[565] offre une gamme impressionnante de programmes d'intervention en milieu carcéral, « *visant à répondre aux besoins des délinquants et à contribuer à leur réinsertion sociale* »[566]. Il s'agit notamment de programmes de formation et de prévention de la violence, mais également de programmes conçus spécialement pour une « *clientèle spécifique* », tels que les toxicomanes ou les délinquants sexuels[567]. Toujours dans une démarche (re)socialisatrice, la participation active du condamné est sans cesse encouragée et sa libération anticipée favorisée puisqu'elle est accessible tôt : dès le tiers de la peine, si les conditions pour son octroi sont réunies[568].

Depuis plus d'une décennie néanmoins, plusieurs auteurs démontrent que le système correctionnel canadien tend de plus en plus à une gestion « *plutôt* »[569] actuarielle[570] de sa population pénitentiaire, c'est-à-dire - très brièvement - plus axée sur la gestion de groupes dits « *à risques* », que focalisée sur le traitement de l'individu[571]. Cette gestion favorise la mise en œuvre de pratiques managériales[572] de l'exécution de la peine, fondées sur des instruments statistiques et probabilistes d'évaluation des risques de ceux qui la subissent[573]. La prise en charge des détenus demeure certes ciblée sur les besoins des détenus, mais ces besoins sont principalement évalués en termes de risques ; d'où l'expression « *besoins criminogènes* »[574]. Les détenus sont alors classés, placés, enjoints de suivre certains programmes[575] et considérés éligibles au régime de fin de peine en fonction des risques qu'ils représentent et qui sont estimés à l'aide d'échelles prédéterminées[576]. Dans ces conditions, des auteurs relèvent que la philosophie de réinsertion cède le pas à une rationalité gestionnaire, laquelle se limite à un objectif de neutralisation et repose dès lors sur le seul

---

[565] L'exécution des sanctions privatives de liberté relève au Canada de la compétence concurrente de l'Etat central et de ses provinces. Les personnes condamnées à une peine de moins de deux ans d'emprisonnement sont placées dans un établissement provincial, alors que celles condamnées à une peine de deux ans et plus purgent leur sentence dans un pénitencier fédéral. Ces deux « *réseaux correctionnels* » gèrent leur population pénale respective de façon fort différente, tel que le démontre LEMIRE (2002).

[566] Art. 76 de ladite loi. Cf. également l'art. 77 s'agissant des programmes spécifiquement conçus pour les femmes et l'art. 80 concernant les programmes destinés aux autochtones.

[567] L'ensemble de ces programmes et leur teneur sont exposés sur le site officiel du Service correctionnel du Canada : http://www.csc-scc.gc.ca/text/home_f.shtml, rubrique : Programmes. Pour des exemples de programmes destinés aux personnes condamnées à une peine d'emprisonnement de moins de trois mois, en particulier des personnes toxicomanes et/ou souffrant de troubles psychologiques, des délinquants sexuels et des personnes condamnées pour violence conjugale, cf. LEMIRE/BROCHUZ/RONDEAU/PARENT (1997).

[568] Sur les différences entre la *libération conditionnelle* (accessible au plus tôt au tiers de la peine) et la *libération d'office* (accessible aux deux tiers de la peine), cf. SZABO (1999), p. 219 ainsi que les art. 99ss LSCMLC et 145ss RSCMLC. Sur la Commission nationale des libérations conditionnelles (CNLC), voir son site officiel : http://www.npb-cnlc.gc.ca/.

[569] « *plutôt* » car elle n'élude pas complètement l'objectif de (re)socialisation assigné à l'exécution de la sanction. Sur ce point, cf. VACHERET/DOZOIS/LEMIRE (1998); ROBERT D. (2001); LEMIRE (2002).

[570] FEELEY/SIMON (1992, 1994).

[571] MARY (2001), p. 35.

[572] BOTTOMS (1995); HANNAH-MOFFAT (2005). Pour une critique de la « *rationalité managériale* » dans le « *champ des activités pénales* », notamment pénitentiaires, cf. KAMINSKI (2002*b*).

[573] LANDREVILLE (2001). Sur ces instruments, cf. notamment CÔTÉ (2001) et dans le domaine particulier de la prédiction de la récidive des délinquants sexuels PROULX/LUSSIER (2001).

[574] HANNAH-MOFFAT/SHAW (2001); HANNAH-MOFFAT (2005).

[575] Le plus souvent d'inspiration cognitivo-comportementale.

[576] Par exemple, « *l'échelle révisée d'information statistique sur la récidive* » auxquels ont recourt intervenants et autorités pour prédire les risques de récidive du condamné et « *l'échelle de classement par niveau de sécurité* » sur laquelle se base l'autorité compétente pour placer le condamné dans un établissement à sécurité (super-) maximale, médium ou minimale.

principe de précaution[577]. Cette situation implique un glissement vers des considérations plus punitives, à tout le moins vers des mesures plus restrictives, le but étant d'éviter à tout prix que le risque ne se réalise. Aussi, trente ans après la crise de la finalité réhabilitative de l'exécution de la peine, déclenchée par le célèbre « *nothing works* » de MARTINSON[578], d'aucuns considèrent que l'idéal de réinsertion se voit au Canada à nouveau sérieusement remis en question[579].

En Suisse, nous l'avons déjà dit, cet idéal s'efface partiellement en faveur des autres buts assignés à l'exécution de la peine. Nous craignons dès lors qu'il soit plus aisé encore de le contourner. Nous réprouvons donc le choix du Code pénal révisé de ne pas avoir décliné plus subtilement la priorité - même relative - des objectifs de l'exécution. La refonte du droit de l'exécution des sanctions était de toute évidence l'occasion rêvée pour opérer une réflexion approfondie sur les sens donnés à l'exécution de la peine privative de liberté et sur une hiérarchisation des objectifs qu'elle poursuit. En attachant plus d'importance à des considérations autres, partiellement motivées par des raisons politiques et implicitement inspirées d'une petite[580] frange vindicative de l'opinion publique, la Suisse s'est gardée d'émettre une vision pénitentiaire plus altruiste et novatrice. Si elle a certes décidé d'évincer du cœur du système des sanctions la peine privative de liberté, il y a lieu de craindre qu'elle ait dans un même temps renforcé la dureté de son exécution pour ceux qui n'y échapperont pas.

A ce propos, l'acceptation, le 8 février 2004, de l'initiative populaire fédérale relative à « *l'internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non-amendables* »[581] est particulièrement révélatrice[582]. Elle atteste qu'il y a lieu de ne surtout pas sous-estimer l'impact de l'opinion publique sur notre philosophie pénale et pénitentiaire, nourrie de l'émotionnel[583], exacerbée par certains médias[584] et souvent récupérée par quelques discours politiques. Alors qu'elle était considérée par les juristes comme contraire à la CEDH[585] et par les praticiens comme quasi inapplicable sur le terrain[586], le peuple a largement plébiscité cette initiative[587].

---

[577] Communications de Bastien QUIRION sur le thème : *Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : l'idéal réhabilitatif à l'ère de la nouvelle pénologie*, et Marion VACHERET sur le thème : *L'idéal réhabilitatif en questions*, au 73e Congrès de l'ACFAS, Université du Québec à Chicoutimi (mai 2005), dans le cadre du colloque-atelier intitulé « *Pénalité contemporaine et exécution des peines* ».

[578] MARTINSON (1974).

[579] Cela est d'autant plus révélateur dans les pénitenciers fédéraux de la province du Québec, unanimement reconnus pour leur esprit "modéré".

[580] Les résultats en 2001 d'une étude menée par des chercheurs rattachés à l'Université de Genève sur les « *représentations sociales de la sanction pénale* » attestent en effet qu'une majorité des répondants à leur questionnaire accordent à la sanction tant des objectifs de dissuasion de la récidive, que de préparation au retour dans la société et de réflexion aux fins d'amendement. La mise à l'écart, la honte, l'expiation et la vengeance comme objectifs prioritaires ne recueillant chacun pas plus de 9% des pourcentages. Cf. ROBERT/KELLERHALS/LANGUIN/WIDMER/PONCELA/BOGGIO/PATTARONI/COUMANNE (2001).

[581] Le Conseil fédéral a renoncé à opposer un contre-projet à cette initiative et l'a soumise au vote du peuple et des cantons en leur recommandant de la rejeter. Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Message concernant l'initiative populaire «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables»* du 4 avril 2001 ; FF 2001 3265.

[582] Pour une description du contexte dans lequel s'inscrit cette acceptation, cf. VALLOTTON (2004).

[583] La présence toujours plus importante des victimes sur la scène médiatique y est pour beaucoup. Dans le même sens, cf. CHANTRAINE (2004*c*), pt. 3.

[584] A propos de l'impact des médias en la matière sur l'opinion publique, cf. notamment KURY (2000).

[585] Cf. la prise de position des professeurs de droit pénal sur l'initiative publiée avant la votation dans les grands quotidiens suisses, notamment in *Le Temps* du 12 janvier 2004 et l'entretien de R. ROTH, Professeur de droit

Cet exemple récent jette une lumière crue sur le besoin toujours plus persistant de sécurité de la collectivité face au phénomène criminel et sa volonté d'y remédier par des moyens d'exclusion et de neutralisation de très longue durée[588]. Il nous conforte dans l'idée que les velléités punitives d'une certaine opinon publique seront susceptibles de conforter une tendance toujours plus répressive à l'exécution des sanctions. Cela nous semble d'autant plus vrai qu'il n'existe pas de véritable culture helvétique de la recherche empirique et appliquée sur le phénomène criminel[589], et plus rarement encore d'études constructives[590] menées dans le champ pénitentiaire[591]. Si de telles évaluations scientifiques avaient été menées et, pour celles qui l'ont été, mieux diffusées et intelligemment vulgarisées[592], le peuple, ainsi averti, n'aurait peut-être pas glissé dans les urnes une majorité de « oui »[593].

En vertu de l'art. 195 Cst, le nouvel art. 123*a* Cst. est immédiatement entré en vigueur après la votation. Un groupe de travail a alors été institué pour élaborer un avant-projet sur les dispositions d'exécution de la nouvelle norme constitutionnelle[594]. Accompagné de son rapport, cet avant-projet a fait l'objet d'une procédure de consultation entre les mois de

---

pénal au sein de l'Université de Genève, in *Le Temps* du 9 février 2003. Cf. également MAZZUCCHELLI (2003) p. 43; RESTELLINI (2004), p. 465; KUHN A. (2005), p. 13 et p. 22.

[586] Cf. notamment l'entretien de C. VARONE, Directeur des établissements de détention du canton du Valais, in *Le Temps* du 9 février 2003, celui d'A. VALLOTTON, alors Chef du service pénitentiaire vaudois, in *Le Temps* du 12 janvier 2004 et celui de B. GRAVIER, Chef du Service de médecine et psychiatrie pénitentiaires vaudois, in *Le Temps* du 2 février 2004.

[587] FF 2004 2045 : « *L'initiative a été acceptée par le peuple, par 1 198 867 oui contre 934 569 non, ainsi que par les cantons, par 19 1/2 oui contre 1 1/2 non* ».

[588] Voire même de « *selective incapacitation* » à l'américaine dont le « *three strikes and you're out* » appliqué dans certains Etats, notamment la Californie, est une des manifestations. Sur cette question, cf. MAZZUCCHELLI (1996). De nombreux professionnels remettent en cause la crédibilité d'une telle approche. Cf. notamment JAFFE /NIVEAU (1997).

[589] Pour un inventaire, cf. FINK/KUNZ/ROTH (1999).

[590] Nous entendons par "constructives" des études menées dans le respect des pratiques concrètes des acteurs, en toute objectivité, sans complaisance mais sans esprit revanchard non plus et dans un souci de restitution précise et minutieuse des réalités, qui permette de mieux appréhender une situation donnée.

[591] Sinon les travaux de A. KUHN sur la surpopulation carcérale, en particulier depuis la publication de sa thèse en 1992 ; une recherche sur les potentiels effets d'une politique d'*incapacitation* à l'égard des délinquants sexuels de VILLÉ (1991) ; une étude consacrée à la récidive *via* le point de vue des détenus par BESOZZI (1998/1999) et, depuis avril 1999, le bulletin CRIMISCOPE des chercheurs de l'Ecole des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, qui restitue nombre de leurs études en cours, parmi lesquelles plusieurs traitent (in)directement de l'exécution des sanctions privatives de liberté. On compte aussi les rapports d'évaluation sur les projets pilotes dans le domaine de l'exécution des peines privatives et restrictives de liberté et les travaux de certains praticiens très investis et issus de certaines régions bien précises de la Suisse. Il n'est d'ailleurs par anodin à cet égard que seul le canton de Vaud et le demi-canton de Bâle-ville aient rejeté l'initiative en question.

[592] Nous saluons ici l'initiative de certains « théoriciens » (pour les distinguer des praticiens « à temps complet ») qui n'hésitent pas à s'atteler au difficile exercice de vulgarisation, notamment dans de petits ouvrages, largement diffusés. Lire par exemple KUHN A. (2002), dont l'opuscule a été traduit dans les deux autres langues nationales [*Sind wir alle kriminell? Kleine Einführung in die Kriminologie* et *Siamo tutti criminali? Piccola introduzione alla criminologia*] et publié par le Centre suisse de formation pour le personnel pénitentiaire (2004).

[593] Dans le même sens, VALLOTTON (2004) et J.- P. RESTELLINI, « *La délinquance sexuelle mérite mieux que la prison à vie : des soins et des moyens de la prévenir* », in *Le Temps* du 17 février 2003. Cf. également la Recommandation n° R(83)7 sur la participation du public à la politique criminelle, adoptée par le Comité des Ministres le 23 juin 1983, lors de la 361e réunion des Délégués des Ministres.

[594] Cf. GROUPE DE TRAVAIL « INTERNEMENT », *Rapport relatif à la modification du Code pénal suisse dans sa teneur du 13.12.2002, concernant la mise en oeuvre de l'article 123a Cst. sur l'internement à vie pour les délinquants jugés très dangereux ainsi que quelques correctifs apportés au nouveau droit régissant les mesures*, 15 juillet 2004.

septembre et décembre 2004 pour aboutir, en novembre 2005, à l'adoption par le Conseil fédéral du Message portant sur les dispositions de mise en œuvre de l'initiative[595].

L'appréciation de la « dangerosité »[596] est la pierre angulaire dudit projet. Le caractère dangereux du délinquant est défini ici par une liste d'infractions et, surtout, par l'évaluation du « *comportement futur* » (ou pronostic) du condamné[597].

S'agissant précisément des personnes condamnées à l'internement à vie, il est prévu qu'aucune mesure d'allégement ne puisse leur être octroyée[598]. Dans la règle, la levée de l'internement à vie par le juge qui l'a ordonné ne pourra intervenir que « *s'il existe de nouvelles connaissances scientifiques donnant à penser que l'auteur peut être traité de telle manière qu'il ne représente plus de danger pour la collectivité* », et sur la base des rapports d'au moins deux experts indépendants et de celui d'une nouvelle commission[599], formée spécialement pour cette catégorie de condamnés[600]. A n'en pas douter, le risque existe ici que les experts psychiatres[601] soient perçus en tant que « *gestionnaires de la dangerosité* »[602] et que leurs compétences soient de plus en plus vouées à servir de caution à une doctrine sécuritaire[603].

Si la personne internée à vie commet à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'art. 64 al. 1bis *nouveau* nCP, la collectivité publique dont relève l'autorité compétente en la matière sera tenue responsable de l'échec de la levée de l'internement à vie ou de la mise en libération conditionnelle. Une action récursoire contre les membres de l'autorité compétente est également prévue[604]. Dans ces conditions, il y a tout lieu de penser que personne n'acceptera d'endosser une telle responsabilité ; avec pour effet que la pratique instaure en Suisse une réelle perpétuité.

Au final, si les normes d'application sont acceptées, elles entreront selon toute vraisemblance en vigueur au plus tard en même temps que le Code pénal révisé. A noter en outre que le Conseil fédéral a transmis aux Chambres fédérales, fin juin 2005, un Message relatif aux changements qu'il souhaite apporter au Code pénal dans sa modification du 13 décembre

---

[595] DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Communiqué de presse* du 23 novembre 2005 ; CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 (mise en œuvre de l'art. 123a de la Constitution fédérale sur l'internement à vie pour les délinquants jugés très dangereux)*, pas encore publié à la FF, mais accessible sur le site de l'Office fédéral de la justice : http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home.html, rubriques : Sécurité/Internement à vie.

[596] Sur les "notions-clefs" de l'initiative, tels que « *délinquants très dangereux* », « *délinquants non amendables* » et « *nouvelles connaissances scientifiques* », lire les réflexions pertinentes - et percutantes - de TRECHSEL (2004*b*).

[597] Art. 64 al. 1bis *nouveau* nCP.

[598] Art. 80 al. 6bis et art. 90 al. 4ter *nouveau* nCP.

[599] A savoir la « *Commission fédérale spécialisée chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie* », qui devra être instituée par le Conseil fédéral par voie d'ordonnance.

[600] Art. 64*c* al. 1er et al. 5 *nouveau* nCP.

[601] Sur l'importance de l'expertise psychiatrique et le rôle toujours plus prépondérant de l'expert psychiatre dans l'exécution des peines et mesures, cf. BRUNNER M. (2002), pp. 276-279.

[602] GRAVIER (2003), p. 79.

[603] La Fédération des médecins suisses exprime clairement dans sa prise de position se rapportant à la modification du Code pénal consécutive à l'introduction du nouvel art. 123*a* Cst. qu'elle s'oppose notamment « *à ce qui peut apparaître comme une* ***instrumentalisation*** [nous soulignons] *du corps médical (…)* ». Un résumé de cette prise de position est disponible in : Courrier médical valaisan, n° 33, 2005, pp. 25s.

[604] Art. 380bis *nouveau* nCP.

2002[605]. Ce projet durcit aussi clairement le ton en matière d'internement, comme pour anticiper l'introduction des nouvelles dispositions qui lui seront consacrées. Par exemple, la liste des infractions sujettes à cette mesure est élargie et la durée de la peine maximale encourue pour son prononcé est abaissée à cinq ans, au lieu de dix initialement[606].

Tous les indices se recoupent en définitive pour confirmer notre crainte initiale. Le modèle d'exécution des sanctions se raffermit considérablement à l'égard d'une certaine frange de la population pénale, et à l'appui d'une politique définitivement centrée sur l'appréciation du risque que cette population représente pour la collectivité. Il ne serait pas étonnant de voir qu'elle se répercute sur l'ensemble des personnes incarcérées. Si elle ne le nie pas complètement, force est de constater qu'elle détourne foncièrement l'objectif de (re)socialisation assigné à l'exécution de la sanction. Est-ce à dire de la prison qu'elle redeviendra un espace de seule et absolue contention ? Il y a lieu de s'interroger. Par ailleurs, ce système reposera sur une série d'instruments de prédiction de la récidive, dont on sait pertinemment qu'ils ne permettent pas aux experts d'assurer le risque zéro de réitération, aussi perfectionnés soient-ils[607]. Si ce système, à l'instar de celui préconisé par le Service correctionnel du Canada, vient en outre à privilégier principalement des outils statistiques d'évaluation, basés sur des critères d'indication formels et des caractéristiques statiques[608], il sera alors susceptible on l'a vu de conduire à des évaluations mécaniques, favorisant le maintien automatique en incarcération. Dans ces conditions, l'apologie de la sécurité justifierait et les moyens et la fin[609]. Par exemple, alors que le doute devrait profiter à l'intéressé puisque sa liberté est directement concernée, la logique du fardeau de la preuve serait susceptible de demeurer inversée. En d'autres termes, on peut légitimement se demander s'il appartiendra implicitement plus au détenu d'apporter la preuve de sa "non dangerosité" qu'aux experts d'attester des risques qu'il représente[610].

1.6 Les intervenants de l'exécution des peines privatives de liberté

Différents intervenants participent à l'encadrement des personnes incarcérées. En tant qu'artisans de la prise en charge psycho-médico-sociale des détenus et simultanément principaux détenteurs ou tiers exclus de secrets, il est primordial de déterminer quelle est leur place respective au sein de l'établissement. Ce chapitre porte dès lors sur leur statut, la composition et l'organisation du groupe dont ils font partie et les missions qui leur sont assignées. Si les réglementations cantonales détaillent en principe les attributions générales et spécifiques de chaque (groupe) d'intervenant(s), il n'est pas dans notre intention de les mentionner méthodiquement[611]. Il nous importe plus ici d'examiner le profil global de chaque

[605] CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003* du 29 juin 2005 ; FF 2005 4425. Le Message indique systématiquement quels sont les différents groupes de professionnels, associations et cantons à l'origine des débats ayant menés à l'introduction de ces nouvelles modifications.
[606] Art. 64 al. 1er *nouveau* nCP.
[607] Dans le même sens, cf. notamment MEZZO/GRAVIER (2001), p. 659 et p. 662; HEER (2002), pp. 190-194; GRAVIER (2003), pp. 71-73. Cf. également, BERNHEIM J. (1993*a*), p. 45 selon lequel « *il ne faut pas sous-estimer la part d'approximation qui est inséparable du rapport d'expertise* ».
[608] LEMIRE (2003), p. 41.
[609] MARY (2001), p. 47.
[610] Dans le même sens, FRANÇOIS (1981), p. 94.
[611] Pour un panorama des sources légales qui prévoyent les attributions des différents corps professionnels présents en les murs, se référer à l'inventaire dressé par le professeur BAECHTOLD et ses collaborateurs, sous

corps de professionnels impliqués, afin qu'il nous soit possible ultérieurement de mieux saisir les rapports qu'ils entretiennent avec leurs obligations respectives de confidentialité. Dans cette perspective, une attention particulière est portée à l'identité[612] des trois principaux groupes de protagonistes convoqués à la prise en charge des détenus à savoir, le personnel de surveillance, le personnel soignant et le personnel socio-éducatif.

1.6.1 Les membres de la direction

> « *Le directeur poursuit les grandes missions assignées à l'exécution des peines. C'est-à-dire qu'il a une mission de protection de la société, mais aussi d'amélioration des conditions de détention des personnes incarcérées et des conditions de travail du personnel* »
>
> *Claude, membre de la direction d'un établissement*

L'administration pénitentiaire entendue au sens large réunit dans chaque canton le département en charge des affaires pénitentiaires[613] et ses autorités d'exécution[614], parmi lesquelles les directions des établissements de détention.

Le directeur et ses adjoints sont responsables de la gestion de l'établissement et de son personnel, ainsi que de la mise en œuvre des objectifs assignés à l'exécution de la peine privative de liberté. Au sommet de la hiérarchie carcérale, le directeur décide de la politique institutionnelle, *via* notamment le règlement (ou les directives) interne(s) qu'il édicte. Sous la surveillance *in fine*[615] de son chef de département, auquel il doit rendre compte, il assume la plus haute fonction d'autorité de l'établissement. Il exerce en particulier l'autorité disciplinaire et dispose de la faculté d'assigner des tâches, voire de déléguer certaines des siennes à ses collaborateurs. Il est le représentant *de facto* désigné pour tout ce qui concerne les relations de l'institution avec l'extérieur. Il lui revient par ailleurs de motiver et fédérer

---

http://www.cx.unibe.ch/krim/, rubriques : « *Strafvollzugsrecht* » / « *Kantone des Strafvollzugskonkordats Westschweiz & Tessin* ».

[612] Tel que nous le rappelle MBANZOULOU (2000), p. 121, qui s'appuie notamment sur les travaux de DUBAR (dernière éd. : 2004), l'identité renvoie à « *l'articulation du social et du psychologique chez un individu, la résultante des interactions complexes entre l'individu, les autres et son environnement.* [*Elle*] *suppose une définition de soi par les autres et les autres par soi-même, une recherche perpétuelle de ce que l'individu est pour soi-même et pour les autres et de ce que les autres sont pour soi*».

[613] Les Départements compétents en matière pénitentiaire diffèrent dans chaque canton. *Fribourg* : Direction de la sécurité et de la justice ; *Genève* : Département de justice, police et sécurité ; *Jura* : Département de la justice et des finances ; *Neuchâtel* : Département de la justice, de la sécurité et des finances ; *Tessin* : Dipartimento delle istituzioni ; *Valais* : Département des finances, des institutions et de la sécurité ; *Vaud* : Département de la sécurité et de l'environnement.

[614] Les autorités d'exécution sont également différentes selon les cantons et l'organisation privilégiée. Elles regroupent généralement - mais sous des appellations souvent différentes - un service pénitentiaire, un service de probation, les directions des établissements pénitentiaires ainsi que l'ensemble de leurs collaborateurs respectifs. S'y ajoutent le cas échéant une commission de libération conditionnelle et une commission consultative destinée à se pencher sur les cas les plus délicats, en particulier les condamnés qualifiés de « dangereux ». Pour de plus amples développements, cf. BAECHTOLD (2005), pp. 67-69.

[615] « *in fine* » car l'organisation pénitentiaire diffère selon les cantons. Dans certains cantons, le directeur rend compte directement au chef du département en charge des affaires pénitentiaires, alors que dans d'autres le directeur est tenu de référer d'abord au responsable de l'office - ou service - pénitentiaire, lequel rend compte ensuite au conseiller d'Etat en charge des affaires pénitentiaires.

son personnel, notamment en organisant des séances ponctuelles les réunissant, en encourageant leur formation et en demeurant constamment à leur écoute.

A ce propos, si la hiérarchie demeure stricte, l'image du directeur souverain, régnant de manière discrétionnaire sur "ses hommes" est désormais largement dépassée. Tous les pouvoirs ne sont plus concentrés en ses seules mains. Bien au contraire nous dit LEMIRE : « *en l'espace de quelques décennies, le directeur aura vécu deux situations paradoxales : antérieurement, un pouvoir absolu trop fort pour ce qu'il avait à gérer ; actuellement, un pouvoir limité pour faire face à des réalités, des groupes d'intérêt et des rapports de force devenus très complexes* »[616]. Aussi le directeur doit-il composer avec l'ensemble de son personnel, mais également avec le pouvoir politique, la collectivité et les médias. Certaines entités, récemment introduites dans plusieurs établissements, attestent de cette évolution des mentalités. Il existe par exemple aux Etablissements de Bellechasse (EB) une Commission du personnel, élue par les collaborateurs de l'institution et dont le rôle influe sur l'orientation donnée à sa politique interne[617]. Instituée en 1994, ladite commission revêt un rôle de représentation auprès des organes des EB. Elle peut de la sorte formuler au directeur par exemple des propositions d'amélioration du climat de travail et de l'organisation interne. Dans ces conditions, la personnalité du directeur, ses dons de négociateur, sa flexibilité à l'égard des idées qui lui sont soumises et son accessibilité sont déterminants pour une gestion adéquate de l'établissement[618]. Son tempérament, sa *vista*, « *affectent toujours la gestion et les pratiques des personnels* »[619]. De même, de la conduite dictée par ce dernier dépendent étroitement l'atmosphère du lieu et la qualité des relations entre les personnes qui résident et travaillent en son sein.

Eu égard à la somme des tâches qui lui revient et au temps « *qui lui fait [très souvent] défaut* »[620], le directeur est rarement en mesure de côtoyer les détenus au quotidien. S'il y participe par conséquent plus indirectement, il ne joue pas moins un rôle essentiel dans leur encadrement. Ses décisions rayonnent en effet sur l'ensemble des interventions ; elles précisent les orientations données à la prise en charge médico-psycho-sociale et aménagent les rapports humains au sein de son établissement. Plus spécifiquement, le directeur est à de nombreuses occasions chargé de rendre des décisions et de rédiger des rapports qui concernent directement les détenus et qui sont autant de situations dans lesquelles des informations le concernant, certaines scellées par un secret, sont en jeu. Ainsi en est-il notamment lorsqu'il doit formuler des préavis à l'attention des autorités compétentes pour rendre des décisions relatives à une modalité d'exécution de la peine. Nous verrons que l'on peut l'assimiler à ces occasions à une "plaque tournante", en tant qu'il est censé réunir la somme de toutes les informations recueillies au cours des interventions de son personnel.

---

[616] LEMIRE (1990), pp. 138s.

[617] Art. 21 de la Loi sur les Etablissements de Bellechasse du 2 octobre 1996 (RSF 341.1.1) ; Règlement de la Commission du personnel du 21 novembre 1996 et Règlemement de la Commission administrative du 21 novembre 1996. Cf. également NUOFFER (1998), p. 61 et pp. 96-99, ainsi que les rapports annuels d'activités et de gestion des Etablissements de Bellechasse.

[618] Aussi LEMIRE (1990), p. 138 voit-il plus en le directeur un « *arbitre* », un « *médiateur* », plutôt qu'un « *décideur* ».

[619] ROSTAING (1997), p. 183.

[620] COMBESSIE (1996*b*), p. 79. Il ressort de façon récurrente de nos entretiens que le temps manque à tous les intervenants. Plusieurs raisons y président, notamment structurelles (surpeuplement, sous-effectif, etc.) et organisationnelles.

1.6.2 Le personnel de surveillance

> « *Nous, on travaille beaucoup sur le relationnel. Le but c'est de renouer, ce n'est pas de provoquer encore plus la rupture* »
>
> *Alix, agent de détention*

1.6.2.1 Statut, composition et organisation

Le surveillant revêt le statut d'agent de l'Etat. A l'instar du personnel policier, son statut est dit « *spécial* », car il occupe une place "à part" dans l'administration publique. Ses fonctions impliquent en particulier certaines concessions, notamment une grande souplesse dans l'aménagement de ses horaires de travail, en contrepartie desquelles certains avantages lui sont attribués, par exemple des indemnités pour inconvénients de service et/ou la prise en charge des cotisations d'assurance-maladie[621].

Légalement, le statut de surveillant relève en principe des législations cantonales sur la fonction publique[622]. Les tâches qui lui sont dévolues ressortissent en outre d'autres textes cantonaux, de niveau normatif et de nature différents. Elles peuvent en effet être précisées dans les lois, les règlements ou les ordonnances relatifs à l'exécution des sanctions et/ou les règlements portant sur l'organisation des établissements. A son entrée en fonction, le surveillant reçoit en outre un cahier des charges détaillant ses activités, lesquelles sont ponctuellement réorientées par des ordres (ou notes) de service émises par la direction de l'établissement.

Représentant de la puissance publique, le surveillant doit allégeance à l'autorité qui l'engage et révérence à ses supérieurs. Il est subordonné à une hiérarchie stricte, susceptible parfois de brider ses initiatives et de le décourager dans certaines de ses entreprises[623]. Inversement, il occupe une position de force à l'égard des détenus dont il a la charge. D'aucuns considèrent alors que le surveillant est placé dans « *une position schizo-logique, en ce qu'il est personnel dominant dans l'ordre de l'autorité carcérale et personnel dominé dans l'ordre de l'autorité hiérarchique* »[624].

« *Cheville ouvrière de l'institution carcérale* », le personnel de surveillance apparaît comme un corps de professionnels relativement homogène[625]. Certes, tous les surveillants émanent d'horizons différents, notamment professionnels et éducationnels, soit qu'ils aient déjà exercé

---

[621] Sur le statut particulier du personnel de surveillance pénitentiaire, voir par exemple pour le canton de *Genève* la législation suivante : Loi sur l'organisation et le personnel de la prison du 21 juin 1984 (RSG F 1 50) ; Règlement sur l'organisation et le personnel de la prison du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.01) ; Règlement relatif aux soins médicaux des fonctionnaires de police et de la prison du 6 décembre 1993 (RSG F 1 05.24) ; Règlement relatif aux accidents de service des fonctionnaires du corps de police et de la prison du 27 octobre 1982 (F 1 05.27) ; Règlement de la commission de recours des fonctionnaires de police et de la prison du 21 mars 1925 (F 1 05.30).

[622] Il revêt dans certains cantons le statut de fonctionnaire *stricto sensu*, dans d'autres celui d'employé d'Etat sous contrat de droit privé.

[623] GARIOUD/JONAS (1994), p. 626. Sur ce point, cf. également MBANZOULOU (2000), pp. 88-93.

[624] CASADAMONT (1986), p. 136.

[625] CASADAMONT (1984), p. 44.

une profession avant leur engagement, soit qu'ils viennent de terminer une école supérieure. Tous néanmoins s'appuient sur les mêmes règles et assument les mêmes obligations[626] en fonction bien entendu des responsabilités qui leur incombent relativement au niveau hiérarchique qu'ils occupent et aux tâches spécifiques qui leur sont dévolues[627]. La composition du personnel de surveillance est dès lors sensiblement similaire dans tous les établissements, sinon qu'elle diffère en nombre.

1.6.2.2 Missions

Dès la deuxième moitié du vingtième siècle, l'entrée en détention de nouveaux intervenants a eu pour effet de reconfigurer les missions dévolues au personnel de surveillance. Plusieurs auteurs ont démontré que celui-ci s'est alors senti dans un premier temps dépossédé de sa mission d'accompagnement du détenu, jusqu'alors assurée par ses soins[628]. La situation s'est toutefois dans un deuxième temps rééquilibrée, parfois sous la pression de contestations collectives[629]. Aussi, au-delà des tâches administratives qui lui revient, telles que la rédaction de rapports, le surveillant remplit en perpétuelle alternance des fonctions de garde, de contrôle, de sécurité, de soutien et d'accompagnement dans le processus de (ré)insertion sociale des détenus[630].

Il est attendu du surveillant qu'il occupe en prison une position à la fois proactive (devancer toutes situations délicates : conflits entre détenus, tentatives de suicide, projets d'évasion, etc.) et réactive (aplanir les tensions, veiller à la discipline, observation vigilante, etc.). Dans son « *face à face direct et permanent avec le détenu* », il est en définitive le premier auquel revient la difficile tâche de gérer l'équilibre relativement précaire de l'institution[631]. Ses facultés de communication, de flexibilité et d'anticipation sont essentielles. Le surveillant doit en effet veiller à satisfaire aux requêtes de ses principaux interlocuteurs, les détenus. C'est à lui qu'il incombe notamment de les renseigner sur l'aménagement des activités en prison, de les guider dans certaines de leurs démarches et de relayer le cas échéant leurs demandes d'informations auprès des autres intervenants[632]. Il est en outre attendu de lui qu'il avertisse les autres intervenants de tout incident ou événement particulier déjà réalisé ou qu'il estime susceptible de se présenter[633].

Par rapport aux autres professionnels impliqués dans la prise en charge du détenu, le personnel de surveillance se situe au carrefour de toutes leurs interventions. Il revêt dès lors

---

[626] VACHERET (2001*a*), p. 536.

[627] Par exemple, un surveillant affecté à un atelier de travail accomplit des tâches différentes de son collègue affecté au service intérieur.

[628] Par exemple, MONTANDON/CRETTAZ (1981); BENGUIGUI/CHAUVENET/ORLIC (1994); LHUILIER (1998).

[629] Ces contestations collectives n'ont toutefois pas toujours conduit aux résultats escomptés, voire même ont obtenu des effets inverses à ceux recherchés. Sur ce point et s'agissant de la situation française, cf. FROMENT (1998).

[630] DE CONINCK (2003*b*), p. 23. CARLIER (1997), p. 241 use du tryptique « *gardien/surveillant/éducateur* ».

[631] Voir CASADAMONT (1984), p. 46 et AYMARD/LHUILIER (1993), pp. 437-439 qui s'intéressent en particulier à ce que cette tâche implique pour le personnel de surveillance en termes de perception et de gestion des risques dans leur environnement de travail.

[632] CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1994), p. 30.

[633] C'est précisément dans ce cadre - et nous y reviendrons - que FELTZ (1997), p. 89 relève à raison que le « *respect absolu du secret médical est parfois difficile à comprendre et à accepter dans toutes ses conséquences, pour un personnel pénitentiaire auquel on demande de tout savoir sur le détenu pour tout prévenir* ».

un rôle charnière pour à la fois observer, relever, informer, voire même coordonner les autres activités qui fourmillent autour des siennes.

Les missions du personnel de surveillance sont le plus souvent exprimées en des formules générales (« *maintenir l'ordre*[634] *et la sécurité interne* », « *participer à la réinsertion du détenu* »)[635]. Ce n'est qu'incidemment qu'elles sont décrites spécifiquement (par exemple, collaborer à l'établissement du plan d'exécution de peine, escorter un détenu à l'hôpital). La « *polyvalence* »[636] du surveillant est de la sorte affirmée, mais ses responsabilités demeurent encore à plusieurs égards diffuses. Tel est le cas notamment, et nous y reviendrons, lorsqu'il lui appartient de remettre aux détenus leurs médicaments. Cette situation procède du contenu même de ses missions, dont on peut dire en effet qu'elles « *se définissent en termes d'indifférenciation, de disponibilité et d'universalité* »[637].

Ballotté entre des tâches de surveillance et d'accompagnement[638], le surveillant doit composer avec un sentiment de perte de pouvoir, lié non seulement à l'arrivée des nouveaux professionnels en détention, mais également à l'avènement de certains droits accordés aux personnes incarcérées. Les premiers les ont en effet en partie amputés d'une part de leur autorité sur les détenus[639]. Les seconds viennent fausser le jeu de certains privilèges - ou récompenses informelles[640] - dont le surveillant a longtemps joui du monopole décisionnel pour les octroyer. Le rapport de ce personnel à la règle (en particulier le règlement de l'établissement et les directives internes) se révèle dans ce contexte relativement ambigu. D'un côté, le surveillant se doit de l'appliquer rigoureusement avec le risque d'entrer en conflit avec le détenu, de l'autre, la détourner en faveur de ce dernier lui permet de maintenir avec lui une relation viable mais l'expose à la sanction disciplinaire[641].

Ces antinomies sont particulièrement frappantes dès lors que des liens plus étroits commencent précisément à se nouer entre le surveillant et le détenu. Au fil du temps en effet, des échanges se créent et une certaine loyauté peut s'instaurer entre ces deux protagonistes. En vertu toutefois de ses obligations, le surveillant peut se voir contraint de restituer certaines informations recueillies dans le cadre de cette relation. La relative confiance ainsi instaurée

---

[634] Tel que le relève LEMIRE (1990), p. 103, dans les établissements à sécurité élevée, il faut plutôt concevoir le « *maintien de l'ordre* » par une « *absence de désordre* ». Dans cette optique, les surveillants apparaissent comme les préposés à la prévention du désordre et la sanction disciplinaire comme un moyen parmi d'autres susceptibles de les aider dans cette tâche. Sur ce point, cf. également CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1993), p. 353.

[635] Pour une approche comparée de cette « *absence de définitions précises des missions des surveillants de prison* », lire DE CONINCK (2002), pp. 175-177.

[636] WELZER-LANG/MATHIEU/FAURE (1997), p. 56.

[637] CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1994), pp. 18s.

[638] Par une recherche empirique de type qualitative menée au sein de l'établissement pénitentiaire pour femmes d'Hindelbank, SCHNEEBERGER GEORGESCU (1996) analyse précisément cette dualité de la mission des surveillantes - un « *Doppelt Mandat* » - et les conflits de rôles qu'elle implique.

[639] SYR (1992), pp. 287s.

[640] CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1993), p. 360.

[641] Sur ce point, cf. KROMMENACKER (1992), p. 189; SYR (1992), pp. 284s; CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1993), p. 358; GARIOUD/JONAS (1994), p. 625; LOUREL (2000), pp. 453s et CABEZA (2000), pp. 70-72, lequel nous donne des indicateurs du seuil de tolérance du personnel de surveillance à l'égard des incidents provoqués par les détenus. Plus généralement, sur la « *négociation et l'articulation des règles officielles et des règles non-écrites dans le fonctionnement des prisons* » à partir du point de vue des surveillants, lire BENGUIGUI/CHAUVENET/ORLIC (1994), en particulier pp. 282-290.

est rompue ; elle est dite par certains « *trahie* » [642] ; elle sera de toute manière particulièrement difficile à restaurer.

Pour toutes ces raisons, le personnel de surveillance peut être tenté de « *développer des stratégies de valorisation qui passent par la mise en valeur d'une mission - surveillance ou aide à la réinsertion sociale - plus qu'une autre* »[643]. Il apparaît cependant qu'il a de moins en moins le choix, en particulier dans les établissements qui connaissent une forte densité carcérale. En raison de la configuration de la (sur)population pénale et des problèmes que posent son hétérogénéité, du manque de temps et de personnel pour l'encadrer, le surveillant se voit en effet contraint d'apporter toujours plus d'attention à sa fonction sécuritaire et de moins en moins à ses tâches socio-éducatives[644]. Le fait qu'il ne soit dans certains établissements que peu associé à la démarche (re)socialisatrice des autres intervenants participe de ce constat. Enfin, la préséance de sa mission d'ordre et de sécurité découle aussi partiellement des politiques sécuritaires mises en œuvre par la société civile, qui se répercutent inévitablement sur la prison et ses intervenants[645].

1.6.2.3 Culture identitaire

La prison implique une hiérarchie stricte, « *quasi militaire* »[646] ou de type « *paramilitaire* »[647], à laquelle est rigoureusement soumis le personnel de surveillance. En ordonnant de la sorte les rapports entre les différents intervenants, le système hiérarchique est non seulement susceptible de « *rigidifier* »[648] les relations et les comportements, mais également d'entretenir certains différends qui opposent le personnel de surveillance aux autres acteurs pénitentiaires, en particulier à ceux qui échappent à l'organigramme carcéral *stricto sensu* tels que les professionnels de la santé. Il s'avère en particulier difficile pour le surveillant d'admettre que les interventions de certains collaborateurs de l'institution se situent, sinon en opposition, à tout le moins en marge des missions qui lui sont confiées.

Plus généralement, le surveillant se sent parfois incompris de ses collègues. Il ressent une certaine condescendance généralisée à son égard[649]. Il déplore que ses activités ne s'intègrent pas mieux à celles des autres intervenants et que son avis ne soit pas plus, sinon suivi, à tout le moins recueilli. Il désapprouve l'attitude de retrait de sa hiérarchie à certaines occasions, qu'il estime en toutes circonstances « *devoir de toute manière plus nous soutenir* »[650]. Il se montre en revanche relativement satisfait de la place accordée désormais à sa formation[651],

---

[642] CHAUVENET (1996), p. 65.
[643] VACHERET (2001*a*), pp. 544-548 et (2002), p. 95.
[644] SENN GROMELLE/DE AGAZIO (1999), p. 68. Dans le même sens, cf. CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1994), p. 35 qui parlent notamment d'une « *mission résiduelle* » et LHUILIER/AYMARD (1997), pp. 42s.
[645] CHAUVENET (2000), p. 129.
[646] MONTANDON/CRETTAZ (1981), p. 217; CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1993), p. 359. DUFLON (2004), pp. 1s évince quant à lui l'adverbe « *quasi* ». Ce type de hiérarchie participe de l'ensemble du dispositif pénitentiaire que plusieurs auteurs qualifient de « *guerrier* » dans nombre de ses aspects (sécuritaires, gestionnaires, architecturaux, temporels, etc.). A ce propos, cf. l'analyse de CHAUVENET (1998).
[647] DE WAELE/DEPREEUW (1985), Livre I, p. 26; CHAUVENET (1998), p. 94.
[648] CHEVRY/PLANCHE (1997), p. 139.
[649] Dans le même sens, VACHERET (2001*a*), pp. 539-560.
[650] Propos recueillis auprès d'un surveillant en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[651] Comme nous le rappelle O'BRIEN (1988), p. 234, les débats relatifs à la formation du personnel de surveillance remontent au 19e siècle. En 1879, notamment, le Congrès pénitentiaire international de Stockholm se prononce en faveur de la création d'« *écoles normales spéciales, chargées de la formation des gardiens* ». Sur

laquelle est désormais sanctionnée par un diplôme reconnu par la Confédération et participe dès lors de la reconnaissance et de la valorisation de sa profession. Il relève toutefois qu'il n'y a pas toujours accès assez tôt et regrette qu'elle ne corresponde pas plus à « *la réalité* »[652].

Certains auteurs soulignent que l'idée du « *malaise identitaire* »[653] du personnel de surveillance se retrouve même dans son ancienne dénomination. Comme nous le rappelle par exemple COMBESSIE, en France la notion de « *gardien* » « *a disparu de l'usage administratif en 1910, au profit de celle, **jugée moins stigmatisante*** [nous soulignons], *de « surveillant pénitentiaire »* »[654].

L'identité du surveillant est également mise à mal par les fonctions qui lui sont dévolues. Il demeure en effet on l'a vu sans cesse sur le qui-vive, oscillant entre exigences sécuritaires et humanitaires[655]. Cette situation lui impose de constamment se repositionner, tant à l'égard des détenus et des autres intervenants, que dans son rapport à l'institution et le monde extérieur[656]. Dans ces conditions, il apparaît qu'il peine parfois à attribuer un sens à sa profession[657] et plus encore à lui donner une image gratifiante[658]. Cela est d'autant plus vrai que l'institution qu'il a pour fonction de servir oscille elle-même entre des objectifs (apparemment) antinomiques et des discours bipolaires dont personne ne s'accorde pour tenter d'en saisir la véritable signification[659] et qui ne correspondent au demeurant pas forcément aux réalités auxquelles il est confronté[660]. Dès lors, « *comment dans ce contexte construire et asseoir une légitimité professionnelle ?* » interroge LHUILIER avec raison[661].

La position du surveillant face à son principal interlocuteur n'a rien d'anodin. Il doit faire preuve de tact, d'assurance, de neutralité et de retenue à l'égard d'un détenu dont il peine parfois à accepter l'infraction commise. Il n'est également pas toujours aisé d'assumer sa contribution à la privation pénale de liberté. Aussi n'est-il pas rare que le surveillant se cherche des raisons justificatrices à l'exercice de sa profession. Ces raisons sont généralement de l'ordre du matériel et/ou du conventionnel (stabilité de l'emploi, rémunération décente,

---

la formation du personnel pénitentiaire en Suisse et son évolution, cf. notamment les textes réunis dans le volume consacré au 10 ans d'activité du Centre suisse de formation pour le personne pénitentiaire : *Perspektiven zum 10 jährigen Bestehen, 1977/78 - 1987/88*, Centre suisse de formation pour le personnel pénitentiaire, Berne, 1987; BARBEZAT (1994); DE SINNER (1998 ; 2002); SENN GROMELLE/DE AGAZIO (1999), pp. 71-74; BAECHTOLD (2005), pp. 75-77. Sur le soin qui devrait être apporté au recrutement de ce personnel, voir pour la Suisse VOGT (2003); BOLLE (2004), pp. 153-156 et pour la France : MOUNAUD (2001). Enfin, pour un aperçu propectif de ce que pourraient être les objectifs et l'organisation de la formation initiale à l'échelon européen, cf. DE CONINCK (2001); (2002), pp. 187-190; (2003*a*), pp. 1156-1159 et (2003*b*), pp. 28-30.

[652] Propos recueillis auprès d'un surveillant en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.

[653] AYMARD/LHUILIER (1993), p. 446; FROMENT (1995*b*), p. 228; LHUILIER (1998), p. 146.

[654] COMBESSIE (1996*b*), p. 75.

[655] MBANZOULOU (2000), p. 122; CHANTRAINE (2004*a*), p. 67.

[656] LHUILIER/VEIL (2000), pp. 288s.

[657] Dans ce contexte, FAUGERON (1998), p. 15 parle de « *désorientation des personnels de surveillance et [de] leur difficulté à définir leurs missions d'une façon positive* ». Sur cette question du sens, cf. également BENGUIGUI/CHAUVENET/ORLIC (1994), pp. 293-294.

[658] VACHERET (2001*a*), p. 539 constate notamment qu'ils « *expriment un sentiment de dévalorisation dans l'exercice de leurs fonctions* ».

[659] DE CONINCK (2001), p. 36.

[660] Ces contradictions ont pour effet de placer les surveillants dans une situation de « *double contrainte* » et « *d'insécurité fondamentale quant au contenu et aux moyens de leur travail* » dépeinte par CHAUVENET /ORLIC/BENGUIGUI (1993 ; 1994). Dans le même sens, cf. FAUGERON (1996*a*), p. 21.

[661] LHUILIER (1998), p. 139.

retraite anticipée, etc.)[662] et confirment que cette profession est très rarement exercée « *par vocation* »[663].

Dans un même ordre d'idées, le surveillant ne peut évacuer sa sensibilité dans l'approche du détenu qu'il côtoie au quotidien. Comme le relève CHAUVENET, le discours du personnel de surveillance sur les détenus se révèle « *divisé, entre la vision du délinquant être humain, qui cumule les malheurs et la malchance, pour qui il y a toujours quelque chose à faire, et de l'autre celle des détenus en tant que groupe dangereux, menaçant et dont il faut se défendre* »[664]. Dans ces conditions, d'aucuns tentent de maintenir une - la ? - « *bonne distance* »[665] ou parlent de « *mettre des barrières, sans en avoir l'air* »[666]. Là aussi l'identité du surveillant est donc ébranlée : comment agir pour ne pas se montrer trop complice aux yeux de ses collègues et, inversement, trop arrogant aux yeux de ce détenu pour lequel il éprouve de l'empathie ?

Le surveillant peut en outre être tenté de se comparer aux autres intervenants pénitentiaires, dont les missions sont, sur l'échelle des valeurs internes comme externes, considérées comme plus « *nobles* »[667]. Dans un même ordre d'idées, il n'est pas un jour sans que la population pénale ne lui renvoie une image injustement méprisante, voire parfois humiliante de sa profession[668]. A n'en pas douter, au malaise identitaire évoqué précédemment, s'ajoute « *un « mal être » dans le vécu du surveillant et dans ses relations en général* »[669].

Par ailleurs, le surveillant doit composer avec le regard que lui porte l'extérieur. Le monde libre en général méconnaît son travail ou lui voue une blessante indifférence[670]. Il ne s'y intéresse en définitive qu'à l'occasion d'une évasion ou d'un incident interne à l'institution qui rejaillit sur l'extérieur[671].

A cette perte de repères identitaires s'ajoutent les frustrations inhérentes au métier. Aux tâches ingrates se succèdent les missions délicates. Toujours en « *première ligne* »[672], le surveillant se doit d'être « *solide* », « *ne jamais flancher* », « *garder son sang froid* », demeurer « *respectueux, même si l'on a vraiment envie parfois de tout envoyer balader* »[673]. Et ce n'est pas les perspectives d'avancement, de mobilité[674] ou les possibilités de *debriefing*

---

[662] DE CONINCK (2001), pp. 116s; MBANZOULOU (2000), p. 123.
[663] COMBESSIE (1996*a*), p. 53; LHUILIER/AYMARD (1997), p. 205.
[664] CHAUVENET (1996), p. 70.
[665] Sur cette « *bonne distance* », lire CASADAMONT (1984), pp. 46s; CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1993), pp. 355s et (1994), pp. 87-94; LHUILIER (1998), p. 142.
[666] Propos recueillis auprès d'un surveillant en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[667] CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1994), p. 50; DE CONINCK/LOODTS (1999), p. 85; LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001), p. 263. MARCHETTI/COMBESSIE (1996), p. 126 parlent de « *beau rôle* ».
[668] CARIO (1992), p. 133; VACHERET (2001*b*), p. 131; CHANTRAINE (2004*d*), p. 210.
[669] KROMMENACKER (1992), p. 153.
[670] GARIOUD/JONAS (1994), p. 624; MARCHETTI/COMBESSIE (1996), pp. 129s.
[671] PEDRON (1994), p. 41.
[672] CASADAMONT/PONCELA (2004), p. 202.
[673] Propos recueillis auprès de trois surveillants, dont deux étaient en fonction depuis moins de 10 ans et un en fonction depuis plus de 10 ans au moment de l'entretien.
[674] BARBEZAT (1994), p. 102. Sur ce point, cf. les règles 48-51 de l'Annexe I à la Recommandation n° R(97)12 sur le personnel chargé de l'application des sanctions et mesures, adoptée par le Comité des Ministres le 10 septembre 1997, lors de la 600e réunion des Délégués des Ministres.

(supervision) ponctuelles[675] qui peuvent compenser les inconvénients du métier, puisqu'elles sont particulièrement limitées.

Dans ces conditions, les problèmes de santé de tous ordres[676], l'épuisement physique et émotionnel ainsi que divers autres symptômes de stress[677] sont susceptibles de gagner les surveillants. Il n'est dès lors pas rare que certains abdiquent et démissionnent. D'autres, exténués, sont contraints au congé maladie, et/ou, trop démotivés, se désengagent et n'apportent dès lors plus le soin requis à leur travail[678].

1.6.3 Le personnel soignant

> « *Moi, je n'ai pas d'autre objectif que de faire en sorte que le détenu dispose des mêmes droits que s'il me consultait en privé* »
>
> *Camille, soignant pénitentiaire*

1.6.3.1 Statut, organisation et composition

Les soignants attitrés de l'institution pénitentiaire revêtent à la fois le statut de professionnels de la santé et celui d'agents de l'Etat, puisqu'ils exercent une tâche relevant de la fonction publique. Ils sont donc juridiquement et médicalement responsables des détenus de l'établissement dans lequel ils exercent, mais également liés - par un rapport de fonction, un contrat de droit public ou un contrat de droit privé[679] - à l'autorité étatique qui les emploie et tenus aux obligations légales et réglementaires qui découlent de leur statut.

La notion de fonctionnaire doit être comprise dans son sens large[680]. Qu'ils soient ou non nommés, qu'ils travaillent à temps plein ou partiel, provisoirement ou non, les médecins et leurs auxiliaires du secteur public revêtent donc, dans les limites de leur mandat officiel, le statut de fonctionnaire. Le médecin pénitentiaire porte dès lors la double casquette de

---

[675] Plusieurs membres du personnel de surveillance nous ont dit qu'ils apprécieraient disposer de la possibilité de « *se décharger de leur trop plein* » auprès d'un professionnel ou dans le cadre de « *cellules de crise* » instaurées ponctuellement à cet effet. Si des programmes de supervision existent déjà dans certains cantons, ils devraient être systématiquement offerts dans tous les établissements. Pour un exemple de mise en œuvre de ces prestations et un concept de médecine du travail auprès des professionnels de l'exécution des sanctions, lire WASEM/BERNHARD/BOILLAT (2003).

[676] GOLDBERG (1994).

[677] Sur le stress du personnel pénitentiaire, ses différentes sources et manifestations, lire notamment DE CONINCK/LOODTS (1999) et CABEZA (2000). Si la recherche de ce dernier porte sur des surveillants exerçant en détention préventive, nombre de ses conclusions sont tout à fait transposables à la situation du personnel exerçant en exécution de peine. Voir aussi MBANZOULOU (2000), pp. 232s et NAFZGER (2002), lequel distingue les origines et les symptômes du « *stress* » de ceux du « *syndrome du burnout* » et les différents moyens de prévenir l'un et l'autre.

[678] VOGT (1992), p. 37.

[679] STAUFFER/PERRENOUD (2003), p. 2.

[680] C'est à dire au sens de l'article 110 ch. 4 CP, selon lequel « *le terme fonctionnaire s'applique au fonctionnaire et à l'employé d'une administration publique ou de la justice. Sont aussi considérés comme fonctionnaires les personnes qui occupent une fonction ou un emploi à titre provisoire, ou qui exercent une fonction publique temporaire* ».

professionnel de la santé et d'agent public et entre dans la catégorie des « *médecins fonctionnaires* »[681].

De manière générale et notamment s'agissant de son indépendance, LE PROUX DE LA RIVIÈRE[682] estime que cette "affiliation"[683] duale est synonyme pour le médecin pénitentiaire d'une « *double allégeance*[684]*, à la fois privée et publique, (…) il est serviteur de deux maîtres, d'un côté l'administration, de l'autre le détenu qu'il soigne* »[685]. En terme de confidentialité, sa situation juridique implique la coexistence de deux régimes différents : celui du secret médical d'une part, et celui du secret de fonction et de l'obligation de discrétion, d'autre part. L'applicabilité des articles 320 et 321 CP n'est donc en l'espèce pas remise en cause[686]. En revanche, la question de savoir lequel du régime juridique régissant le secret de fonction ou de celui réglementant le secret médical prime sur l'autre, n'a pas été définitivement tranchée. Nous verrons que cette situation n'est pas sans conséquences pratiques. Nous tenterons par conséquent dans ce travail de préciser le régime juridique auquel il est concevable, *de lege ferenda*, de l'assujettir.

Il est possible de dégager plusieurs systèmes de soins rien que dans le cadre du Concordat romand sur l'exécution des peines[687]. Par exemple, le canton de *Vaud* préconise le rattachement des services médicaux pénitentiaires au département cantonal en charge des affaires sanitaires[688], alors que dans le canton de *Fribourg* ils dépendent du département en charge des affaires pénitentiaires[689]. Le canton de *Genève* place le service médical de ses établissements sous la responsabilité d'un Institut médical universitaire[690], alors que les

---

[681] A l'instar des médecins des hôpitaux publics, qui prodiguent à leurs patients des soins relevant d'une « *activité étatique exercée en vertu d'un pouvoir de puissance publique* » (voir par exemple les ATF 102 II 45 ; 112 Ib 334 ; 122 III 101) ou des médecins du service médical de l'administration générale de la Confédération (cf. notamment JAAC 23 1953 37).

[682] LE PROUX DE LA RIVIÈRE (1991), p. 553. Dans le même sens, JUNG (2003), p. 46.

[683] Au sens sociologique du terme.

[684] Cette formule revient en fait à BERNHEIM J. (1980), p. 412 et (2000) p. 22.

[685] On retrouve cette affiliation duale chez le médecin des armées à l'égard de ses patients-recrues, puisque son statut - à la fois soignant et militaire - et ses tâches - médicales et de conseils au commandement - diffèrent foncièrement de ceux de ses confrères civils, médecins hospitaliers ou libéraux. Peu d'auteurs se sont intéressés à la médecine et au médecin des armées. Voir néanmoins l'analyse en droit français, partiellement obsolète, de DEYRA (1982) et VILLEY (1986), pp. 158-160.

[686] KELLER (1993), p. 98. Voir aussi EICHENBERGER (1995), p. 70, s'agissant du médecin hospitalier.

[687] Pour un inventaire des personnes responsables des soins prodigués dans les établissements suisses, se référer à l'Annuaire des services médicaux des prisons de Suisse 2004-2005, établi par la Conférence des médecins pénitentiaires suisses et disponible sur la page web du Service de médecine et psychiatrie pénitentiaires du canton de Vaud, sous : http://www.chuv.ch/psy/smpp.htm.

[688] Avec, depuis 1994, le Service de médecine et psychiatrie pénitentiaires (SMPP), unité du Département de psychiatrie du Centre hospitalier universitaire vaudois, placé sous la surveillance du Département de la santé publique et de l'action sociale. Le SMPP est donc statutairement indépendant de l'appareil pénitentiaire. Cf. art. 8 du Règlement vaudois du 12 novembre 1997 sur les Départements de l'administration (RSVD 172.215.1). Sur l'organisation, la composition et les activités de ce service, cf. notamment DUFLON (2000), pp. 23s.

[689] L'organisation du service médical des Etablissements de Bellechasse (EB), par exemple, revient à sa Direction. Dotés de la personnalité juridique, les EB sont rattachés administrativement à la Direction de la sécurité et de la justice. Cf. art. 2 de l'Ordonnance fribourgeoise du 9 juillet 2002 désignant les unités administratives des Directions du Conseil d'Etat et de la Chancellerie d'Etat (RSF 122.0.13).

[690] Il s'agit de l'Institut universitaire de médecine légale, rattaché aux Hôpitaux universitaires de Genève et à ce titre placé sous les auspices du Département de l'action sociale et de la santé. L'art. 12 du Règlement de l'Institut universitaire de médecine légale (RSG K1 55.04) précise néanmoins que « *l'activité de l'institut en rapport avec les personnes détenues s'exerce conformément aux dispositions applicables aux établissements concernés, sous la surveillance du département de justice, police et sécurité* ».

services médicaux des établissements du canton du *Valais* sont organisés conjointement par le Département de l'économie, des institutions et de la sécurité et le Département de la santé, des affaires sociales et de l'énergie[691]. Dans ce canton, ce sont des praticiens privés, engagés par le Conseil d'Etat sur proposition du Département de la santé publique, qui assurent les soins prodigués aux détenus. Pour un ou plusieurs établissement(s) est nommé un médecin vacataire référent (dit « titulaire »), auquel il appartient de requérir les services de spécialistes, notamment d'un psychiatre et d'un physiothérapeute. Une plage horaire hebdomadaire est réservée à chacun d'entre eux pour leurs consultations au sein de chaque établissement auquel ils sont affectés. En cas d'urgence, soit le soignant se déplace pour voir le détenu dans l'établissement, soit ce dernier est accompagné à son cabinet privé.

En ce qui concerne le secret médical toutefois, la question de savoir si sa réglementation diffère en fonction de l'entité étatique à laquelle est rattaché le personnel soignant pénitentiaire importe peu à notre avis, quand bien même elle présente l'avantage de consacrer l'indépendance statutaire du personnel soignant[692]. L'exemple de la France nous conforte dans cette position. En effet, le rattachement de tous ses services médicaux pénitentiaires au Ministère de la santé[693] a certes formellement consacré l'indépendance hiérarchique des soignants et redistribué les rôles de chacun[694], mais n'a pas permis de résoudre les difficultés rencontrées par les intervenants autour de la question du secret. Les rapports successifs de commissions d'enquête[695] et de groupes de travail[696] mandatés pour évaluer l'organisation des soins au regard de la dite loi prouvent en effet que la « *querelle du secret médical* »[697] demeure dans de nombreux établissements[698].

La clef de réflexion se situe donc de toute évidence ailleurs. Il est fondamental à notre sens de déterminer s'il y a lieu de distinguer ou non la situation telle qu'elle est concrétisée en milieu institutionnel de celle établie en milieu libre ; en d'autres termes, de déterminer dans quelle mesure les règles de la médecine exercée hors les murs peuvent s'appliquer dans l'enceinte de la prison. Nous y reviendrons dans le cadre de l'examen des spécificités de la médecine pénitentiaire[699].

La composition du personnel soignant diffère d'un établissement à l'autre. Il peut s'agir nous l'avons vu de plusieurs soignants, qui interviennent indépendamment des uns des autres, une

---

[691] Art. 42 du Règlement du 10 décembre 1993 sur les établissements de détention du canton du Valais (RSVS 340.200). Aux termes de l'Arrêté concernant l'assistance médicale aux personnes privées de leur liberté du 7 novembre 1984 (RSN 352.2), la situation neuchâteloise est relativement analogue à l'organisation des soins telle qu'elle est conçue dans le canton du Valais.

[692] Sur ce point, cf. GRAVIER (2002), pp. 156s et SPRUMONT (2002), p. 43.

[693] Sur la Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale en faveur des soins en milieu pénitentiaire, ses textes d'application et la mise en œuvre de cette réforme, lire ROUSSEAU (1997). Cf. également CLIGMAN/GRATIOT/HANOTEAU (2001), pp. 7ss.

[694] Sur le « *réajustement des identités professionnelles et des logiques institutionnelles* » consécutif au transfert du dispositif de soins au service public hospitalier, lire l'anayse particulièrement pertinente de BESSIN/LECHIEN/ZELEM (1997); BESSIN/LECHIEN (2000) et MILLY (2001). Ce dernier ne manque pas de relever notamment plusieurs situations dans lesquelles l'autonomie du soignant est encore remise en question.

[695] Cf. notamment le Rapport de la COMMISSION D'ENQUETE SUR LA SITUATION DANS LES PRISONS FRANÇAISES ; MERMAZ/FLOCH (2000) et le Rapport de la COMMISSION D'ENQUETE SUR LES CONDITIONS DE DETENTION DANS LES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES EN FRANCE ; HYEST/CABANEL (2000).

[696] Cf. notamment BONNET-GALZY/LALANDE/FELTZ (1995); GENTILINI MARC/TCHERIATCHOUKINE (1996) ; FATOME/VERNEREY/LALANDE/FROMENT/VALDES-BOULOUQUE (2001); TERRA (2003).

[697] Formule empruntée à LE PROUX DE LA RIVIÈRE (1991), p. 554.

[698] DURAND/BILLAUD/OBRECHT (1999), p. 24 sont à ce propos aussi catégoriques.

[699] Voir *infra*, partie II, pt. 3.

fois par semaine et sur requête, mais également d'une véritable équipe, réunissant du personnel infirmier et/ou des aides-soignants. Un ou plusieurs psychologue(s) peu(ven)t également faire partie de l'équipe médicale. Le médecin psychiatre quant à lui peut être totalement indépendant de son confrère et des infirmiers, ou au contraire intiment lié à eux. L'organisation d'un véritable service se distingue également d'une seule présence ponctuelle (le plus souvent une fois par semaine) du professionnel de la santé au sein de l'établissement. Une antenne médicale dans les murs ne se gère effectivement pas de la même manière qu'une entité libre, personnifiée par un seul médecin, qui consacre la majeure partie de son activité à sa clientèle privée[700].

Pour une question de commodité, notre raisonnement se limitera à la personne du médecin. En règle générale toutefois, les remarques le concernant s'appliquent *mutatis mutandis* à ses auxiliaires ; c'est-à-dire à l'ensemble du personnel soignant, de l'infirmier au technicien dentiste, en passant par le psychologue, s'il est considéré comme tel et rattaché au service médical[701]. Nous utiliserons donc à l'occasion indifféremment les termes de « professionnel de la santé » et de « soignant » pour désigner l'ensemble des personnes directement associées au travail du médecin.

1.6.3.2 Missions

En acceptant de devenir soignant en prison, le praticien adhère *ipso facto* aux fonctions institutionnelles qui lui sont dévolues[702]. Il est enjoint notamment de respecter les principes de fidélité et de diligence dues à l'institution coercitive qui l'emploie. Une déconcertante collusion peut naître alors des rapports parallèles de l'exercice médical et de celui de la puissance publique[703]. Un tel danger existe par exemple lorsque le soignant est implicitement amené à cautionner une sanction disciplinaire en déclarant le patient-détenu apte à la subir.

De fait, le soignant pénitentiaire assume également le monopole de la charge et n'est donc dans la règle pas libre d'accepter ou de refuser ses patients-détenus[704]. Il arrive parfois qu'il éprouve un sentiment de rejet en prenant connaissance des infractions commises par ceux qu'il a l'obligation de soigner[705]. S'il n'est pas toujours aisé pour le soignant de maîtriser ses réticences, il doit néanmoins évacuer toute perception susceptible de fausser l'exercice de sa profession et rester neutre et réservé à l'égard des actes passés du malade qui se présente à lui. Des supervisions ponctuelles, lorsqu'elles existent, sont parmi les moyens susceptibles de l'y aider[706].

---

[700] Sur ce point, cf. LUGINBÜHL (2002), p. 68.

[701] Ou dans le cadre d'une psychothérapie déléguée, par exemple, qui serait placée sous la surveillance et la responsabilité d'un médecin de l'établissement.

[702] POTTIEZ/HIVERT (1977), p. 218.

[703] Dans le même sens, NIVEAU (1999*a*), p. 199.

[704] Sur ce point, cf. BERNHEIM J. (1980), pp. 412s; ZIMMERMANN (1985), p. 237 et pp. 242s; VON ALLMEN/ZIMMERMANN (1985), p. 75. Cf. également par analogie l'art. 5 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003 : « *(…) le médecin est libre d'accepter ou de refuser un mandat diagnostique ou thérapeutique. Demeurent réservés les cas où le médecin est mandaté par un tiers, par exemple un établissement hospitalier ou un assureur. (…)* ». Plus généralement, sur la possibilité des professionnels de la santé soumis à un rapport de droit public de se prévaloir de l'« *objection de conscience* » pour refuser de traiter un patient ou d'accomplir certains actes médicaux, lire BRUNNER N. (2001), en particulier pp. 29-35.

[705] HUNGERBÜHLER/DECREY (1999), p. 5; WAEBER (2005), p. 23.

[706] JAFFÉ (1994), p. 5.

Le médecin pénitentiaire doit par ailleurs composer avec les fonctions de surveillance, de contrôle, de gestion et de sécurité dévolues aux autres intervenants et dont nous constaterons qu'elles se heurtent parfois à l'exercice de sa pratique.

En sus de sa mission de soins (médecine curative), il a pour rôle de lutter en amont contre les risques sanitaires spécifiques au milieu carcéral, de sensibiliser les détenus et les membres du personnel aux principales mesures prophylactiques[707] et d'anticiper les attitudes de violence auto- et hétéroagressives (médecine préventive)[708]. Le médecin doit en outre suggérer aux autorités pénitentiaires les aménagements essentiels à la sauvegarde sanitaire de la communauté et conseiller la direction de l'établissement, par exemple lorsqu'elle le sollicite sur des questions relatives « *au régime alimentaire et à l'environnement dans lequel les personnes privées de liberté sont obligées de vivre, ainsi que sur les problèmes d'hygiène et de salubrité* » (médecine "propositive")[709]. Enfin, sans être une mission *stricto sensu*, il apparaît que le médecin est assez fréquemment contraint de justifier ses recommandations et/ou de rassurer ses collègues non-soignants, « *toute mesure médicale [étant] susceptible d'être interprétée, commentée et considérée comme suspecte et porteuse d'un danger potentiel pour la collectivité carcérale* »[710].

Plus généralement et au-delà de la situation thérapeutique simple, le médecin est ponctuellement confronté à un conflit de loyauté[711] entre ses devoirs spécifiques de soins aux détenus et ses obligations d'expertise administrative qu'il doit accomplir à l'occasion d'un certain nombre de vérifications (cas du médecin « *expert* »)[712]. Nous verrons également que son rôle est équivoque dès lors qu'il doit collaborer à des mesures qui ne relèvent pas spécifiquement de son activité médicale, mais plus du domaine relevant de l'administration pénitentiaire (cas du médecin « *auxiliaire* »)[713]. Dans ces situations, tant l'indépendance du professionnel que la confidentialité à laquelle il est astreint se trouvent menacées.

1.6.3.3 Culture identitaire

Les professionnels de la santé sont amenés à exercer leur métier dans un contexte lourd et empreint de paradoxes et d'artifices. Les contraintes inhérentes à l'institution carcérale sont nombreuses. Outre ses éléments sécuritaires visibles, tels que ses murs, ses appareils techniques de surveillance et ses barreaux, un certain nombre de règles consacrées au

---

[707] Pour un panorama des mesures prophylactiques préconisées - ou non - au sein des établissements pénitentiaires suisses dans le courant des années 90', notamment pour réduire les risques d'infection du VIH, cf. KARGER (1999).

[708] Dans le même sens, cf. le par. 10 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui préconise « *la mise en oeuvre de programmes d'hygiène et de traitement préventif, dans des conditions comparables à celles dont bénéficie le reste de la population* » et le par. 25 de ladite Annexe.

[709] Par. 24 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. En ce sens également, voir GONIN (1979), p. 163.

[710] ITEN/GRAVIER/ELGER (2003), p. 934.

[711] L'AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2000), p. 19 utilise la formule *dual loyalty*. Sur ce concept et les 17 *guidelines* préconisées pour l'exercice de la pratique médicale auprès des personnes privées de leur liberté, cf. INTERNATIONAL DUAL LOYALTY WORKING GROUP (2002). GRAVIER/SPRUMONT (2003), p. 224 parlent de « *double complicité* ».

[712] Voir *infra*, partie II, pt. 4.2.1.1.

[713] Voir *infra*, partie II, pt. 4.2.1.2.

fonctionnement de l'établissement en fonction des impératifs qui le caractérisent se heurtent à l'exercice de la profession[714].

Dans cet environnement propice à la promiscuité se côtoient en outre des détenus (poly)toxicomanes[715], porteurs d'une maladie grave et transmissible (prévalence du VIH et des hépatites B, notamment)[716] et/ou présentant des troubles psychiques[717]. Il faut en effet admettre avec OBRECHT que « *globalement, l'état de santé des personnes détenues est plus mauvais que celui de la population générale* » et qu'elles cumulent en outre plusieurs *« facteurs de risque »*[718]. Par rapport à la société libre, les détenus sont donc plus malades, plus nombreux à l'être ou plus susceptibles de le devenir[719] et il appartient aux soignants de les prendre en charge dans des conditions particulièrement difficiles[720].

Comme le relèvent de nombreuses études d'épidémiologie carcérale, la prison provoque et/ou exacerbe la misère sociale et affective, les manifestations d'angoisse, les pathologies diverses et les comportements violents[721]. Dans un autre registre, les sentiments de révolte, voire de haine de certains détenus à l'égard de toute forme d'autorité, qu'elle soit ou non médicale, alimentent toutes formes de suspicion.

---

[714] ELCHARDUS (1994), pp. 417s; FELTZ (1997), p. 88; HUNGERBÜHLER/DECREY (1999), p. 4.

[715] Sur les principales difficultés que posent en détention la prise en charge médicale des détenus (poly)toxicomanes, cf. DEVAUD/GRAVIER (1999). Pour une analyse de la problématique de l'usage des drogues en milieu carcéral sous l'angle en particulier de la répression disciplinaire consécutive à cet usage, cf. ARN (1996) et par une approche épidémiologique, voir INGOLD/INGOLD (1987); ROTILY (1998). Plus généralement, sur les différents problèmes liés à la toxicomanie dans les établissements de détention préventive et d'exécution de peine d'Europe occidentale et orientale et les moyens envisagés pour y répondre, cf. STÖVER (2002) et l'ouvrage publié sous les auspices du CONSEIL DE L'EUROPE (2002) intitulé *Prisons, drogues et société*. Celui-ci contient une Déclaration de consensus sur les principes, la politique et les pratiques (p. 129ss) des représentants des Etats membres du Projet sur la santé dans les prisons de l'OMS et du Groupe Pompidou du Conseil de l'Europe. Considérant dans le prolongement de plusieurs études énumérées notamment par SUEUR (1993) que la toxicomanie en détention est étroitement liée à celle des maladies transmissibles en milieu carcéral, en particulier la séropositivité VIH, et que tous deux sont *in extenso* des enjeux de santé publique, cette Déclaration préconise notamment la mise en œuvre d'une politique cohérente pour limiter les conséquences néfastes de la dépendance et recommande une palette de mesures déjà éprouvées, telles que des programmes de suivi appropriés. A ce propos, cf. également les travaux précurseurs de HARDING (1988 ; 1997).

[716] Tel que le souligne notamment le COMITE EUROPEEN DE LA SANTE (1998), les détenus (poly)toxicomanes, porteurs du VIH ou d'une hépatite et/ou malades psychiques sont toujours plus nombreux en détention. Par ailleurs, et ainsi que que le rappellent HARDING/SCHALLER (1992), p. 762, il existe un lien univoque entre la problématique des maladies transmissibles en prison et celle relative à la toxicomanie. Aussi plusieurs établissements helvétiques ont-ils expérimenté l'introduction de nouvelles mesures de prophylaxie des infections. Par exemple, la distribution de matériel d'injection stérile aux détenu(e)s dans les pénitenciers d'Hindelbank, d'Oberschöngrün et de Realta. NELLES/DOBLER-MIKOLA/KAUFMANN (1997) constatent une diminution des risques pour la santé consécutive à l'introduction de ces mesures.

[717] GUILBERT (2001), p. 8. SENON (1998*a* ; 2004) explique cette augmentation des détenus souffrant de troubles mentaux principalement par *« la diminution importante des hospitalisations en psychiatrie »*, « *la modification de la pratique expertale où la responsabilisation devient la règle* » et l'influence d'une politique criminelle qui tend à poursuivre des objectifs de plus en plus sécuritaires.

[718] OBRECHT (2000), pp. 234-239. En ce sens également, cf. HARDING (1988), pp. 14s.

[719] Dans le même sens, voir la Déclaration sur la santé en prison et la santé publique des représentants des Etats membres du Projet sur la santé dans les prisons de l'OMS, adoptée à Moscou le 24 octobre 2003.

[720] Sans compter qu'au regard de l'allongement de la durée des sanctions privatives de liberté, il est à prévoir que s'y ajouteront des détenus de plus en plus âgés. Sur ce point, cf. MORRIS (1995), p. 252.

[721] LAMOTHE (1997), p. 155; VONLANTHEN ROTH (1997), pp. 23s; GRAVIER (1999*a*), p. 104 ; ITEN/GRAVIER/ELGER (2003), p. 935; HODGINS/CYR/PAQUET/LAMY (1988), p. 29, et références citées. Dans le même sens, cf. BRENNENSTUHL (1987), pp. 69-70; MARTENET (2005), p. 20.

Nous verrons en outre que le praticien n'est pas en mesure d'établir avec son patient-détenu une relation analogue à celle que tous deux pourraient établir en société libre. De plus, son patient, privé de sa liberté, est placé dans une situation de dépendance et de faiblesse institutionnalisées avec lesquelles il doit composer.

Le médecin est en effet régulièrement confronté à des dilemmes intimement liés au statut de son patient et qui sont autant de situations qui contredisent sa mission de soins. La grève de la faim d'un détenu, par exemple, est souvent entamée à titre de contestation et place le médecin devant une alternative délicate[722]. Il en va de même des refus de traitement en réaction à la condamnation ou à une décision de la direction de l'établissement[723]. Les autoagressions sont aussi courantes, et si elles attestent le plus souvent d'un mal-être et d'une demande insistante d'écoute, elles peuvent également faire l'objet d'une sorte de marchandage susceptible de prendre le médecin en otage[724]. Face à des « *patients souvent réticents à l'échange verbal et plutôt enclins au passage à l'acte* »[725], il n'est donc pas rare au final que le personnel soignant pénitentiaire ait à développer également des qualités de médiateur.

Le soignant doit dans ce contexte également composer avec l'image qu'il projette. Il se peut en effet qu'il soit mal perçu tant par les autres intervenants, qui ne parviennent pas toujours à saisir les enjeux de sa présence et/ou le suspectent d'être trop complaisant à l'égard de son patient[726], que par les détenus, qui voient en lui un allié de l'administration pénitentiaire[727], voire une "marionnette" de la direction[728]. Méfiance[729] et défiance détériorent les rapports et remettent constamment en question l'impartialité du soignant, sans cesse à (re)négocier[730].

---

[722] Pour déceler quelle doit être l'attitude du praticien à l'égard du détenu en grève de la faim, on se référera ici notamment à la Déclaration de l'AMM sur les grévistes de la faim, adoptée par la 43e Assemblée médicale mondiale à Malte en novembre 1991 et révisée par la 44e Assemblée à Marbella, en novembre 1992 ; à la règle 5 de la Déclaration de l'AMM relative à des Directives à l'intention des médecins en ce qui concerne la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en relation avec la détention ou l'emprisonnement, adoptée par la 29e Assemblée médicale mondiale à Tokyo en octobre 1975 ; aux par. 60-63 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, ainsi qu'aux règles 9.1 à 9.5 des Directives médico-éthiques de l'ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues. Ces différents textes s'accordent pour dire que le médecin doit informer à intervalles réguliers le gréviste de la faim des conséquences pour sa santé qui peuvent découler de son action. Il doit également surveiller son état physique et psychique et proposer une hospitalisation s'il l'estime nécessaire et si le patient y consent. Aucun traitement ne doit être dispensé en l'absence du consentement de l'intéressé. Au cas où le patient est sur le point de tomber dans le coma, il lui sera demandé antérieurement d'exprimer sa volonté de poursuivre ou non la grève. Dans l'affirmative, sa volonté devra être respectée. Dans le même sens, cf. également RESTELLINI (1989), pp. 398-401; BERNHEIM J. (1991), p. 38; MARTIN J. (2002), pp. 1282-1283. Pour une étude très complète sur le sujet, lire GUILBERT (2001).

[723] Pour des exemples de refus de traitement, cf. BERNHEIM J. (1991), pp. 37s.

[724] HIVERT/RIBON (1970), pp. 637s; BERNHEIM J. (1979), p. 65.

[725] GRAVIER (1999*b*), p. 2.

[726] GRAVIER (1999*a*), p. 105; GRAVIER (2000*b*), p. 29.

[727] HARDING (1997*a*), p. 163; BOLLI (2002*b*), p. 101.

[728] DAVID (1993), p. 103; BESSIN/LECHIEN (2002), p. 70. Les sociologues, par exemple LECHIEN (2001), p. 17, parlent d'« *instrumentalisation* » des services médicaux aux fins d'apaisement des différends. On peut citer, par exemple, l'adoption d'une politique de remise systématique de médicaments afin d'"assommer" les détenus. Sur cette question, cf. MONCEAU/JAEGER/GRAVIER/CHEVRY (1996), en particulier pp. 173-176, pour lesquels il convient de nuancer ce propos : les fonctions institutionnelles de certains médicaments, en particulier ceux aux propriétés "calmantes", ne se paient pas forcément au prix d'une « *zombification* » (p. 174). Bien au contraire nous disent LAMOTHE/GEOFFRAY (1989), p. 235, s'agissant en particulier des cas psychiatriques "lourds", « *la prescription à pathologie égale est souvent très inférieure en prison à ce qu'elle est en hôpital psychiatrique ou… en ville !* ». Les résultats de l'enquête de l'OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (1998) attestent néanmoins que la consommation de médicaments est plus élevée parmi les détenus par rapport à la population libre,

De fait, le médecin pénitentiaire navigue à la fois sur les eaux troubles de l'appareil répressif et les courants occasionnellement agités de sa profession. Les contraintes du milieu pèsent sur son art de guérir et ébranle ses convictions. Enfin, son patient peut se montrer déstabilisant, particulièrement si la violence qui l'anime et ses réticences à tout dialogue sont telles qu'elles viennent à inciter son interlocuteur à se poser la question de « *l'utilité* » de sa démarche[731].

Sa perception du milieu et de ses occupants, de même que son autonomie réduite, tant par rapport aux contraintes institutionnelles que par rapport à ses patients auxquels il ne peut refuser les demandes de consultation, affecte aussi la construction identitaire du soignant. En s'attachant aux points de vue des professionnels de la santé, ZIMMERMANN et VON ALLMEN restituent subtilement ce « *mélange de curiosité scientifique et de sensibilité au dépaysement* » qui est le leur, mais aussi d'inquiétudes et d'incertitudes liées à « *l'engagement thérapeutique* » en ce milieu qui ne s'y prête pas. Leur constat atteste qu'il n'est jamais aisé pour les membres du corps médical de situer eux-mêmes leur rôle en les murs[732]. De là l'exigence pour eux « *d'être toujours dans le questionnement du sens et des limites de l'action de soin* »[733] ; en d'autres termes de n'avoir de cesse de s'« *interroger sur [leur] intervention et sa finalité* »[734].

S'agissant plus particulièrement du secret médical du personnel soignant, il engendre en détention des problèmes très spécifiques. Ceux-ci découlent de plusieurs variables, liées notamment au statut des soignants, à leurs droits et obligations, aux fonctions qui leur sont dévolues et à la relation qu'ils sont en mesure de tisser avec la personne incarcérée. Ils peuvent aussi résulter de la composition et de l'organisation de l'équipe médicale, dès lors que l'établissement dispose d'une telle équipe[735]. Enfin, ces problèmes découlent aussi des sollicitations des autorités pénitentiaires, désireuses de connaître certaines informations sur le détenu dont seuls les soignants disposent. Dans ces conditions, « *le rappel de l'obligation de confidentialité est souvent mal vécu par les services de justice ou d'exécution de peines, qui le*

---

notamment en raison de la forte proportion de détenus toxicomanes. Il faut donc convenir avec JAEGER/MONCEAU (1996), p. 48 que « *l'incarcération agit comme un multplicateur* ». Dans ces conditions, il revient aux soignants de ne jamais cesser de s'interroger sur le sens de la prescription (pp. 60-62). A ce propos, cf. également GRAVIER/CHEVRY (1993).

729 MILLY (2001), pp. 135ss identifie sur la base des actions des professionnels de la santé et des représentations qu'ils se font de leurs rencontres avec les personnes incarcérées, quatre éléments prépondérants caractérisant la relation médecin/patient-détenu, à savoir « *l'impersonnalité, la fonctionnalité, la méfiance et l'autocratie* ». Plus généralement, sur cette « *méfiance intrinsèque aux établissements carcéraux* », cf. VACHERET (2001*b*), en particulier, pp. 33-35.

730 Sur l'importance de cette négociation, cf. DUFLON (2000), p. 25.

731 GRAVIER (2000*a*), p. 280.

732 VON ALLMEN/ZIMMERMANN (1985), pp. 77-78. Dans le même sens, SCHUH (1989), p. 90.

733 Voir GRAVIER (1997), p. 228; (1998), p. 284 et pp. 286-288, s'agissant plus particulièrement de l'exercice de la médecine psychiatrique. Dans le même sens, cf. BIJEON (1982), pp. 797-799; PAULET (1997), p. 103; BERNHEIM J. (1991), p. 29; BOLLI (2002*a*), pp. 25s et MANZANERA/SENON (2004), p. 690. Ce questionnement se pose avec une accuité particulière dans le cadre des soins ordonnés, pour lesquels le lien entre logique du *soin* et logique de la *peine* est extrêmement tenu. A ce propos, cf. notamment LAMEYRE (2002, 2004).

734 GRAVIER (1993), p. 74.

735 Des tensions plus ou moins sérieuses peuvent en effet découler des caractéristiques propres aux différents soignants dès lors qu'ils sont plusieurs à exercer une spécialité différente dans une équipe. Si le somaticien, le psychiatre, l'infirmier et le psychologue rattaché au service médical sont certes tous des professionnels de la santé, ils présentent de sensibles divergences de points de vue - notamment sur leur façon d'aborder le patient - dont est susceptible d'émerger quelques altercations. MILLY (2001), pp. 212-222 s'interroge précisément sur les « *clivages traditionnels* » qui opposent certains soignants en raison de leur qualification professionnelle (en particulier entre médecins et infirmiers et entre médecins somaticiens et médecins psychiatres).

perçoivent comme une volonté de non collaboration de la part du corps médical »[736]. Aussi le médecin est-il « *soumis à une réelle pression visant à dépasser le secret médical* »[737], qui participe de sa difficulté à trouver sa place en milieu carcéral.

Pour toutes ces raisons, le soignant est sans conteste sous constante tension. Lui aussi est traversé de doutes, d'illusions déçues et de peurs[738]. A l'instar du surveillant, l'épuisement, le découragement, voire parfois même l'agacement, le guettent[739].

1.6.4 Le personnel socio-éducatif

> « *Notre rôle intervient depuis le début, quand ils [les détenus] arrivent, on les prend en charge et le but est de les accompagner à travers toutes les phases du régime progressif; préparer les premiers congés, la semi-liberté, les aider dans toutes les démarches qui sont des recherches d'emploi, faire un CV, envoyer des lettres de motivation, faire des recherches de logement, inscription au chômage, gestion de leur rente AI, etc, etc. Aussi pour la liberté conditionnelle. S'ils sont expulsés, on fait un petit projet avec eux dans le pays dans lequel ils sont expulsés; enfin, on s'assure qu'ils aient quelque chose dans l'idéal à la sortie. Donc moi je leur dis toujours qu'on fonctionne un peu comme un lien, un lien avec l'extérieur, un lien avec leur famille, les professionnels extérieurs, aussi un lien à l'interne avec le personnel, s'il y a des problèmes avec d'autres détenus aussi. Je vois ça comme un lien, comme un pont, à l'intérieur comme à l'extérieur* ».
>
> *Dominique, socio-éducateur*

1.6.4.1 Statut, composition et organisation

Le personnel socio-éducatif réunit toutes les personnes rattachées en prison à ce secteur et engagées à titre de travailleur social pour accompagner le détenu dans ses démarches destinées à maintenir ses contacts avec l'extérieur et préparer sa sortie. Le groupe[740] constitué par les collaborateurs du service socio-éducatif est souvent hétérogène. Ses membres ont tous un rapport avec le social, mais ils peuvent provenir de corps professionnels différents. Il n'est donc pas rare que le service socio-éducatif d'un établissement réunisse notamment des éducateurs, des assistants sociaux et/ou des psychologues. Pour plus de commodité, nous regroupons sous l'expression « travailleurs sociaux (pénitentiaires) » ou « socio-éducateurs » tous les collaborateurs du service socio-éducatif engagés en cette qualité et formellement rattachés à cette unité.

Le socio-éducateur est placé dans une situation différente selon qu'il travaille dans une institution publique ou privée, à titre dépendant ou non. En tant qu'il se trouve dans un rapport de droit public avec l'institution pénitentiaire et que sa relation aux détenus est également régie par le droit public, il revêt en prison le statut de fonctionnaire au sens de l'article 110 ch. 4 CP[741]. Lié juridiquement à l'institution qui l'emploie, il endosse une responsabilité "sociale" à l'égard du détenu dont il accompagne le processus de (ré)insertion

[736] NIVEAU (1999*a*), p. 201.
[737] NIVEAU (1999*a*), p. 201.
[738] GRAVIER (2000*b*), p. 31; BOLLI (2002*b*), p. 101.
[739] LECHIEN (2001), pp. 25s.
[740] Si groupe il y a, puisque dans de petits établissements, ce service est composé d'une seule personne.
[741] HESS-HAEBERLI (1976), p. 50.

sociale. En terme de confidentialité, sa situation n'implique pas la coexistence de deux régimes de secret différents puisque le socio-éducateur n'est « *subordonné à aucune obligation particulière définie par la loi de conserver le secret* »[742]. Il n'est donc pas tenu en particulier au secret professionnel de l'article 321 CP, à moins d'être considéré comme l'auxiliaire du médecin. A ce propos justement, il importe de préciser d'emblée qu'elle peut être la situation particulière du psychologue exerçant en milieu carcéral.

A l'instar des autres travailleurs sociaux, le psychologue **rattaché au service socio-éducatif** et **engagé en qualité de collaborateur de cette unité** est astreint au secret de fonction, tant en vertu de l'article 320 CP que des législations cantonales sur la fonction publique et celles sur l'exécution des peines. Il est soumis également aux règles cantonales relatives à la protection des données. Il n'est en revanche pas tenu au secret professionnel de l'article 321 CP puisqu'il n'est pas associé à l'activité du service médical et pas considéré comme l'auxiliaire d'un médecin[743].

En revanche, dès lors que le psychologue est rattaché au service médical, placé sous la responsabilité d'un médecin et engagé en sa qualité de professionnel de la santé, il est non seulement tenu au secret de fonction, mais également au secret médical. Il peut en outre le cas échéant être astreint au secret imposé par la législation sanitaire cantonale aux professionnels de la santé, pour autant qu'elle lui reconnaît cette qualité[744]. Nous verrons en effet que le champ d'application personnel du secret médical est plus étendu dans les législations cantonales qu'il ne l'est à l'article 321 CP et englobe parfois notamment le psychologue[745].

La situation du psychologue relativement à ses obligations de confidentialité devient particulièrement ambiguë dès lors que dans certains établissements il est associé à l'action sociale mais engagé en qualité de professionnel de la santé, sans toutefois être considéré comme l'auxiliaire du médecin car il n'est pas placé sous sa responsabilité. Il est alors à la fois tenu au secret de fonction, en raison de son statut, mais également au secret professionnel érigé dans la législation sanitaire cantonale qui lui reconnaît la qualité de professionnel de la santé. La portée juridique de ces différents secrets divergent, les motifs légitimant le professionnel à y déroger et les procédures instituées pour l'en relever également. Une autre difficulté réside en outre dans le fait que, formellement rattaché au service socio-éducatif, il s'inscrit dans une équipe dont les membres, tenus uniquement au secret de fonction, sont susceptibles de le solliciter pour répondre aux nécessités de partage de l'information que leur groupe implique forcément. Pour éviter ce conflit de loyauté et clarifier définitivement sa situation, il conviendrait de toujours décider, avant son entrée en fonction et eu égard aux tâches qu'il aura à accomplir, s'il est engagé en sa qualité de psychologue, ou en qualité de travailleur social. Dans le premier cas de figure, il devrait être formellement rattaché au service médical et considéré comme l'auxiliaire du médecin responsable de ce service. Dans le deuxième cas de figure, il devrait être formellement rattaché au service socio-éducatif et

[742] HESS-HAEBERLI (1976), p. 55.
[743] Dans le même sens, KUNZ in GUILLOD/KUNZ/ZENGER (1991), pp. 327s.
[744] En ce sens également, mais s'agissant du psychologue scolaire, cf. AYER (2001), p. 14.
[745] Les législations cantonales dressent une liste de professionnels de la santé, parmi lesquels sont souvent cités les psychologues-psychothérapeutes. Cf. par exemple l'art. 1er du Règlement fribourgeois concernant les fournisseurs de soins et la Commission de surveillance du 21 novembre 2000 (RSF 821.0.12) ; l'art. 52 al. 1er lit. b de la Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (RSN 800.1) ; l'art. 1er lit. b de l'Ordonnance valaisanne sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance du 20 novembre 1996 (RSVS 811.10) et l'art. 1er du Règlement vaudois concernant l'exercice des professions de la santé du 10 septembre 2003 (RSVD 811.01.1).

considéré comme un travailleur social tenu uniquement au secret de fonction, au même titre que ses collègues de l'unité.

La situation est plus claire s'agissant de l'assistant social et de l'éducateur pénitentiaires puisqu'ils ne sont de toute manière pas tenus au secret professionnel entendu au sens de l'article 321 CP, ni au secret des professionnels de la santé érigé dans les législations sanitaires cantonales. Ils sont toutefois astreints au secret de fonction en vertu de l'article 320 CP et des règles cantonales y relatives sur la fonction publique et l'exécution des sanctions. Ils sont également enjoints de respecter les normes cantonales concrétisant la protection des données. Il n'empêche qu'ils se trouvent eux aussi régulièrement embarrassés dès lors qu'ils ont à répondre à des demandes d'informations qui concernent les détenus dont ils ont la charge et qui émanent d'intervenants externes à leur service. En effet, alors que la relation qui les lie au détenu doit dans l'idéal également reposer sur un rapport de confiance fondé notamment sur leur discrétion[746], ils ne sont pas de par la loi habilités à taire *ex officio* les faits relevant de la sphère privée du détenu[747]. Tel est le cas par exemple lorsqu'ils sont détenteurs d'une information le concernant portant sur la commission d'une infraction grave. L'obligation de la dénoncer, en vertu de leur statut d'agent public, l'emporte sur toute autre considération[748].

S'agissant enfin du type d'organisation privilégié au sein de l'unité socio-éducative, il diffère dans chaque établissement[749]. Certains ne comptent qu'un collaborateur, d'autres disposent d'une équipe de plusieurs personnes. Chaque institution est en définitive libre de doter son service socio-éducatif du nombre et du "type" de collaborateurs qu'il souhaite, sous réserve des moyens qui lui sont conférés.

1.6.4.2 Missions

La principale tâche du personnel socio-éducatif consiste à fournir une aide aux détenus dans le cadre de la préparation de leur retour dans la société libre. Les fonctions d'accompagnement et de soutien aux détenus dévolues au travailleur social pénitentiaire flirtent néanmoins régulièrement avec celles de contrôle et de surveillance qu'il poursuit indirectement, notamment en raison de son statut, mais aussi en raison des requêtes qui lui sont soumises par sa hiérarchie pour apporter son éclairage à une prise de décision[750]. A ces occasions, il lui est en effet difficile de résister à la dilution de ses missions "originelles" dans celles que lui assigne l'autorité qui l'emploie et à laquelle il doit rendre compte. D'aucuns considèrent dès lors qu'il est fondamental qu'il explique au détenu clairement le cadre de son travail et en particulier « *les contraintes de communication externe qui vont déterminer le[ur]s échanges internes* »[751].

---

[746] HESS-HAEBERLI (1976), p. 51.

[747] On peut alors dire avec BOUQUET (1992), p. 124, qu'en l'absence d'une réglementation juridique propre au secret de leur profession, leur obligation de confidentialité « *s'inscrit dans deux champs, l'un éthique, l'autre technique et praxéologique* ».

[748] Y compris celles d'ordre déontologique. Cf. par exemple l'art. 11 du Code de déontologie de l'Association suisse des praticiens de l'action sociale (ASPAS), entré en vigueur le 4 juin 1999.

[749] BAECHTOLD (2005), p. 221.

[750] THYS (1998), p. 159.

[751] LOB-IZRAELSKI (2001), p. 44. En ce sens également, cf. THYS (1998), p. 160.

En raison des missions qui lui sont confiées, le personnel socio-éducatif se situe fréquemment au cœur d'interventions qui sont non seulement interdisciplinaires, mais également interinstitutionnelles[752]. Le travailleur social pénitentiaire est en effet le partenaire privilégié des autres intervenants qui évoluent en les murs, mais aussi de ceux qui poursuivent, hors l'enceinte de la prison, les démarches entamées en son sein. Il est ici d'une part l'un des acteurs incontournables de l'aide prodiguée en détention aux détenus et, d'autre part, le principal interlocuteur des personnes et des entités intéressées au sort de ce dernier hors l'espace privatif de liberté, notamment des proches et des services d'insertion et de probation. Pour mener à bien les objectifs qui lui sont assignés, il n'a de cesse de relayer, coordonner et/ou susciter les entreprises des autres intervenants et institutions qui gravitent dans et autour de la prison. Aussi se voit-il régulièrement contraint de réorienter son action tant en fonction du cheminement du détenu dont il assume l'encadrement, qu'au regard des pratiques professionnelles qui l'entourent. En effet si celles-ci lui sont généralement d'une aide précieuse, il apparaît qu'elles peuvent aussi s'ingérer dans le parcours qu'il mène aux côtés des personnes incarcérées dans le recouvrement de leur liberté, désavouant implicitement ses initiatives et sa liberté d'action. « *Dans un tel enchevêtrement de personnes et d'institutions* »[753], il s'avère relativement difficile pour le travailleur social pénitentiaire de s'affranchir des pressions *intra* et *extra muros* dont il peut faire l'objet et d'asseoir aux yeux de tous, avec conviction et clarté, le rôle qui est le sien et l'indépendance dont il a besoin pour mener ses tâches à bien.

Par-delà la gestion de ses relations avec les autres intervenants et les institutions tierces, le travailleur social pénitentiaire doit aussi composer avec le poids carcéral qui étouffe ponctuellement ses actions. L'ensemble des mesures administratives et la logique sécuritaire de la détention, par exemple, tendent à « *désocialiser* » celui dont il accompagne, précisément, le processus de « resocialisation »[754]. Préposé à la recherche d'un mieux-être en prison, il se trouve en outre le témoin des atteintes que porte la privation de liberté aux corps et aux esprits.

Ces remarques valent pour l'ensemble des collaborateurs du service socio-éducatif. Le fait toutefois qu'ils ne disposent pas tous de la même formation initiale induit des divergences de vue dans la façon que chacun a de concevoir et d'assumer ses tâches. Typiquement, un collaborateur du service au bénéfice d'une formation de psychologue pourra éprouver plus de difficultés encore à admettre l'intrusion de sa hiérarchie, voire même de ses collègues directs, dans sa relation avec le détenu. En effet, alors qu'il est enseigné au travailleur social les enjeux des collaborations plurielles auxquelles il sera fréquemment associé, le psychologue est plutôt préparé à cultiver un rapport bilatéral et dès lors à réfuter toutes compromissions avec un tiers qui pourrait expressément s'y immiscer. D'où l'émergence occasionnelle de problèmes d'ajustement au sein même du service. Pour y pallier, il est primordial que ses membres conviennent ensemble d'une politique d'action coordonnée et harmonisée, sans pour autant revisiter totalement les fondements de leur pratique respective.

[752] Aussi LAMEYRE (2002), p. 80 les situe-t-il dans un « *ensemble multidimensionnel* ».
[753] La formule revient à LOB-IZRAELSKI (2001), p. 44.
[754] MBANZOULOU (2000), pp. 256s; LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001), p. 261; CHANTRAINE (2003), pp. 373s.

1.6.4.3 Culture identitaire

Il n'est pas exagéré selon nous d'admettre que le personnel socio-éducatif demeure en détention encore à l'heure actuelle en quête d'identité. La multiplicité de ses interlocuteurs et la mixité de ses tâches, au demeurant de nature hybride, compliquent considérablement sa recherche d'un équilibre identitaire.

Alors que la resocialisation demeure un des buts assignés à l'institution carcérale, celle-ci déploie plus d'artifices contraignants que de velléités sociales et accommodantes, outre les buts clairement plus restrictifs qu'elle poursuit. Et le travailleur social d'assumer les missions relativement ambiguës qui lui sont dévolues en ce lieu particulier[755].

Sa situation est d'autre part précarisée par de nombreux conflits d'intérêts qui sont autant de raisons de remettre en question sa loyauté, tant à l'égard du détenu que des autres intervenants et de l'institution. A la fois l'un des partenaires fétiches de l'administration pénitentiaire et allié présumé des personnes incarcérées, il doit composer avec leurs exigences respectives, bien évidemment souvent opposées, et n'a de cesse dans ce cadre que de chercher le compromis[756]. Il est alors contraint de justifier ses actions aux uns et aux autres et, à cet égard en particulier, se voit toujours en quête d'une autonomie propre.

Formé à l'écoute et à l'empathie, il arrive en outre que le socio-éducateur se heurte au mutisme de certains détenus, au sein d'un lieu contaminé par le non-dit et qui ne favorise pas la parole. Dans ces conditions, il n'est pas rare que le professionnel ait à transcender les apparences, avant même d'examiner les situations individuelles et d'entamer son travail d'accompagnement[757].

En définitive, l'emprise institutionnelle, le temps laissé à sa libre disposition et les rôles qui lui sont assignés compliquent la relation qu'il est en mesure de nouer avec le détenu.

Le fait par ailleurs que les travailleurs sociaux ne soient pas soumis à une obligation légale de confidentialité qui leur soit propre, alors que ce sont eux « *plus que les médecins, qui recueillent aujourd'hui des aveux, des confidences, sur la totalité des conditions physiques, matérielles et morales de ceux dont ils s'occupent* » est susceptible de cultiver un certain complexe identitaire[758].

On a vu en effet qu'au contraire du médecin ou de l'avocat, le travailleur social n'est pas tenu *ès qualité* au secret professionnel. Cette situation fait l'objet de vives controverses depuis plusieurs années. Plusieurs corps de professionnels ont déjà demandé, mais en vain, à ce que le champ d'application personnel de l'art. 321 CP soit étendu à d'autres catégories professionnelles[759]. Leurs revendications ont toutefois été partiellement entendues, puisque

[755] Sur cette ambiguïté, cf. COMBESSIE (1996*a*), p. 68.
[756] DUMOULIN (1981*b*), p. 189.
[757] Dans le même sens, PALEARI (2002), p. 12
[758] COUËTOUX (1981), p. 47.
[759] Voir en particulier le Postulat MORF déposé le 21 septembre 1977 (BOCN 1/1978, p. 15), qui invite le Conseil fédéral à ajouter à la liste de l'art. 321 CP notamment les professions d'éducateur, de travailleur social et de psychologue; la pétition du 8 mai 1985 (BOCN 2/1986, p. 1181) de la SOCIÉTÉ SUISSE DE PSYCHOLOGIE ET DE PSYCHOLOGIE APPLIQUÉE qui demande notamment que soient mentionnés à l'art. 321 CP les professions de psychologue et psychothérapeute et plus récemment la motion HOLLENSTEIN, déposée le 22 juin 2000 et

l'unification des procédures civile[760] et pénale[761] admet désormais que certains d'entre eux puissent sous certaines conditions se prévaloir de leur droit de refuser de témoigner[762]. A l'heure actuelle toutefois, leur devoir de discrétion prévu dans la législation cantonale sur la protection des données ne garantit aux informations recueillies sur le détenu qu'une protection juridique moindre par rapport à celle qu'offrirait, à ces mêmes données, le secret professionnel[763].

Les travailleurs sociaux pénitentiaires s'inscrivent par conséquent dans une dynamique relativement incertaine s'agissant de la confidentialité des données qu'ils recueillent sur et auprès des détenus. Bien que détenteurs d'informations à caractère secret, ils ne sont légalement soumis qu'à un devoir de discrétion au sens de la législation cantonale sur la protection des données, laquelle l'impose en définitive plus en raison de leurs missions que de leur profession[764].

Dans ces conditions, il n'est pas rare que les travailleurs sociaux pénitentiaires invoquent leur code de déontologie[765] pour décliner toute invitation d'un tiers à parler, à tout le moins pour restreindre leurs communications. Il est pour eux un instrument qui pallie à ce qu'ils estiment être une lacune de la loi. Partant, il devient une béquille sur laquelle s'appuie leur secret fantasmé, seul garant à leur sens de l'intimité des personnes dont ils ont la charge, mais aussi de la confiance - loyauté, préfèrent certains - que leur action doit inspirer et de la crédibilité de leur profession qui, *a fortiori*, en découle.

Le Code de déontologie des travailleurs sociaux est l'œuvre de l'Association suisse des praticiens de l'action sociale (ASPAS). Fondée en 1933, l'ASPAS est une association professionnelle au sens des articles 60ss CC. Elle est « *l'instance représentative officielle des professionnels des ESTS [Ecoles Supérieures de Travail Social], HES [Hautes Ecoles*

---

accessible sous : http://www.parlament.ch/afs/data/f/gesch/2000/f_gesch_20003344.htm, qui revendique l'extension de l'art. 321 CP à tous les professionnels de la santé.

[760] Art. 157 al. 2 de l'Avant-projet de procédure civile suisse.

[761] Cf. art. 178 et 180 de l'Avant-projet d'un code de procédure pénale suisse.

[762] L'Avant-projet d'un code de procédure pénale suisse mentionne expressément les psychothérapeutes non médecins et les psychologues qui soignent des patients. En outre, les personnes astreintes au secret en vertu des « *articles 321bis du code pénal, 139, 3e alinéa du code civil, 2 de la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse, ainsi que 4 de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infraction et 15, alinéa 2, de la loi fédérale sur les stupéfiants sont tenues par un secret professionnel* » ne sont dans l'obligation de déposer que si « *l'intérêt à la découverte de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret* ». L'Avant-projet de procédure civile suisse se réfère quant à lui notamment aux « *personnes qui exercent une profession (…) fondée sur un rapport de confiance particulier* ». Notons par ailleurs que l'art. 12 du Code de déontologie de l'Association suisse des praticiens de l'action sociale (ASPAS), entré en vigueur le 4 juin 1999, admet le témoignage en justice, mais invite aussitôt les professionnels de l'action sociale à « *faire leur possible pour se voir délier de leur obligation légale de témoigner si le rapport de confiance établi avec les clients risque de s'en trouver gravement compromis et pour autant que des intérêts de tierces personnes ne s'en trouvent pas lésés* ».

[763] Par exemple, la violation de leur devoir de discrétion n'est selon la LPD pas punissable de l'emprisonnement, mais des arrêts. Une mesure disciplinaire peut en outre venir s'y ajouter, de même qu'une obligation de réparer le dommage causé pour atteinte illicite à la personnalité, en vertu de l'article 28 CC.

[764] Aussi les propos de ROSENCZVEIG/VERDIER (1999), p. 34 prennent-ils tout leur sens, même dans le contexte helvétique : « (…) *aujourd'hui, c'est moins la qualité professionnelle de l'intervenant que la mission qui lui est confiée ou la fonction qu'il occupe par-delà son statut personnel qui fait son rapport à la confidentialité des informations détenues* ». Et ces auteurs de qualifier le secret des travailleurs sociaux de « *secret missionnel* » (p. 50).

[765] Parfois intégré aux cahiers des charges de ces professionnels, comme aime à le souligner les « *informations concernant l'affiliation* » de l'Association suisse des praticiens de l'action sociale (ASPAS), disponibles sous http://www.sbs-aspas.ch/cm_data/TextWerbeflyer-franz_doc_3.pdf.

Spécialisées] et Université en travail social, en éducation spécialisée, en animation socioculturelle, en enseignement socioprofessionnelle et éducation de la petite enfance »[766]. Elle réunit sur une base volontaire toutes les personnes diplômées et les étudiants suivant une de ces formations dans une école supérieure, une haute école ou une université. Le Code de déontologie de l'ASPAS dicte aux professionnels auxquels il s'adresse des normes de comportement. Il constitue un texte de référence, qui s'applique quelque soit le secteur d'activités dans lequel le professionnel de l'action sociale est amené à exercer. Il n'a pas force de loi, mais les manquements au Code sont passibles de sanctions disciplinaires, prononcées par la « *Commission d'éthique professionnelle de l'ASPAS* »[767].

L'article 6 du Code de déontologie de l'ASPAS enjoint ses membres « *à observer le secret professionnel* »[768]. Cette disposition prévoit en outre expressément la possibilité d'un travail interdisciplinaire, pour autant qu'il poursuive « *le bien* » de la personne concernée et que celle-ci ait donné son accord. La collaboration interdisciplinaire peut toutefois lui être imposée « *contre sa volonté en vertu d'une disposition légale ou lorsque des intérêts prépondérants de tiers le justifient* ». Dans tous les cas, la personne concernée doit en être informée. L'article 13 renforce l'importance de cette collaboration en obligeant les professionnels de l'action sociale à s'allier à d'autres spécialistes quand l'intérêt des personnes concernées le requiert et ce, même « *en dépit de désaccords ou de valeurs de référence divergentes* ». L'article 15 traite du comportement des travailleurs sociaux à l'égard de leur employeur. Les travailleurs sociaux sont en particulier « *tenus de lui rendre compte de l'accomplissement consciencieux, efficace et économique de leurs tâches* ». Pour autant, ils doivent veiller à garantir dans ce cadre « *la protection de la personnalité* » de la personne dont ils suivent l'évolution. Ils sont en outre tenus de « *participe[r] à la définition d'objectifs et [de] collabore[r] au développement de l'institution en vue d'améliorer la qualité des prestations* ». Dans ce contexte, ils « *s'engagent à aborder ouvertement les conflits et à favoriser des solutions constructives* ». Dans le même ordre d'idées, les travailleurs sociaux sont invités à discuter, non seulement entre eux, mais également avec leurs collègues d'autres corps professionnels, de leurs connaissances et expériences, afin de « *contribue[r] ainsi à enrichir le savoir professionnel* »[769].

A l'automne 2004, la Fédération internationale des travailleurs sociaux (FITS), dont les travaux rayonnent sur l'ensemble des associations nationales regroupant ces professionnels, a adopté la révision de ses « *principes éthiques en travail social*», promulgués une décennie auparavant[770]. Ces principes doivent guider les associations nationales dans l'élaboration de leur code de déontologie et pallient le cas échéant à leur absence. Ils préconisent en particulier que « *les travailleurs sociaux doivent respecter le caractère confidentiel des informations relatives aux personnes qui recourent à leurs services. Les exceptions à cette règle ne peuvent être justifiées que par un impératif éthique supérieur (comme la préservation de la vie)* ». Tous ces principes déontologiques n'ont cependant pas de portée juridique propre. S'ils inspirent les professionnels de l'action sociale dans l'accomplissement de leurs tâches, ces derniers ne peuvent les invoquer pour se soustraire à une injonction légale.

---

[766] Ces renseignements sont tirés du site officiel de l'ASPAS, sous : http://www.sbs-aspas.ch/fr/p11002011.html
[767] Art. 21 du Code de déontologie de l'ASPAS, entré en vigueur le 4 juin 1999.
[768] Aux termes de l'art. 10 ch. 3 du Code de déontologie de l'ASPAS, entré en vigueur le 4 juin 1999, « *l'obligation d'observer le secret professionnel subsiste après la fin des rapports de travail ou après l'exécution d'un mandat* ».
[769] Art. 17 ch. 1er du Code de déontologie de l'ASPAS, entré en vigueur le 4 juin 1999.
[770] Disponibles sur le site de la Fédération internationale des travailleurs sociaux : http://www.ifsw.org/home, rubrique : Publication.

Qu'il soit placé sous la responsabilité d'un médecin et dès lors considéré comme son auxiliaire, ou rattaché au service socio-éducatif de l'établissement, le psychologue pénitentiaire est également susceptible de diligenter sa conduite au regard de ses règles déontologiques. Fondée en 1987, la Fédération suisse des psychologues (FSP)[771] réunit plus d'une trentaine d'associations professionnelles et cantonales affiliées et près de cinq mille membres. Le Code déontologique de la FSP, adopté en 1991 et révisé plusieurs fois depuis lors, s'adresse à tous les adhérents de cette association, entendue au sens des articles 60ss CC. Il n'a certes pas de force légale contraignante, mais le membre de la FSP qui l'enfreint est passible de sanction disciplinaire. La troisième partie du Code, le « *Règlement relatif à l'examen des plaintes par la Commission de l'ordre professionnel* », détaille d'ailleurs avec force précisions la procédure de traitement des plaintes formulées à l'encontre d'un membre, ainsi que les « *sanctions ou mesures* » qui peuvent lui être infligées.

Le chapitre troisième du Code précise l'étendue de l'obligation de confidentialité des membres de la FSP. Ces derniers doivent en particulier « *s'engage[r] à respecter le secret professionnel et à protéger activement les informations qui leur sont confiées* » et, aux termes de la règle 3.1, « *traite[r] d'une manière confidentielle les informations qu'ils obtiennent dans le cadre de leur activité professionnelle* ». Ils sont en outre tenus d'obtenir le consentement de la personne dont ils assurent le suivi avant de communiquer à un tiers quelconque information la concernant (règle 3.2). Aussi ne peuvent-ils « *transmett[re] des informations à des tiers sans le consentement des personnes concernées que lorsque la loi les y autorise. Dans ces cas, ils informent les personnes concernées et leur communiquent le motif et la teneur des informations transmises* » (règle 3.3). *In fine*, cette règle les enjoint à examiner la possibilité de refuser de témoigner dans le cadre d'une procédure judiciaire. Le cas pourrait notamment se présenter pour le psychologue auxiliaire d'un médecin.

En tant qu'il relève de l'autorité pénitentiaire, la position du psychologue on l'a vu est relativement équivoque. La règle 1.5 du Code s'adresse précisément à ceux « *qui sont salariés et se trouvent confrontés à un conflit de loyauté opposant leurs obligations vis-à-vis de leur employeur à celles envers le Code déontologique* ». Elle les rend « *seuls responsables de leur décision* ». Pour autant, « *dans le cas où celle-ci constituerait une infraction au Code déontologique* », il doivent « *en informe[r] leur supérieur ainsi que la commission de l'ordre professionnel* ». La règle 4.5 les enjoint à avertir la personne concernée, en l'occurrence le détenu, de cette forme particulière de prise en charge, mandatée par une instance tierce.

La Fédération européenne des associations de psychologues (FEAP)[772], dont la FSP est membre, a adopté quatre principes qualifiés d'« *interdépendants* ». Le premier concerne le *respect et le développement du droit des personnes et de leur dignité.* Le professionnel doit ici en particulier s'assurer de la « *confidentialité de l'intervention psychologique et respecte[r] le secret professionnel, la préservation de la vie privée, y compris lorsqu'il est amené à transmettre des éléments de son intervention* ». Le deuxième traite de la compétence du professionnel, le troisième des aspects liés à sa responsabilité et le dernier de son devoir de probité. Ensemble, ils forment la « *Charte européenne des psychologues* ». Le « *Meta Code d'éthique* » qui lui succède traite plus en détails de ses principes. Il dispose en particulier que la recherche et la demande d'informations sur les personnes concernées doivent se limiter aux

[771] Site officiel : http://www.psychologie.ch/.
[772] Site officiel : http://www.efpa.be/.

objectifs poursuivis par l'exercice professionnel[773]. En présence d'une obligation légale de restitution des informations, il préconise de ne transmettre que celles nécessaires au but recherché. Il reconnaît enfin qu'un certain nombre de conflits peuvent résulter entre d'une part l'obligation de confidentialité et, d'autre part, la protection de la personne concernée et/ou celle de tiers.

Dans sa quête de réponses face à un travail social à caractère particulièrement astreignant, le socio-éducateur pénitentiaire peut voir en les règles déontologiques un outil de régulation professionnelle. Il n'en demeure pas moins que sa pratique reste empreinte d'ambiguïtés et tiraillée entre des objectifs contradictoires. Dans ces conditions, le socio-éducateur éprouve encore des difficultés à asseoir son identité et à affirmer une marge d'autonomie qui lui est propre.

1.6.5 Les tiers dont l'intervention est ponctuelle ou sporadique

1.6.5.1 Les ministres du culte

Il n'existe que peu d'écrits sur l'accès à la spiritualité en prison et le déroulement des activités des ministres du culte en son sein[774]. En vertu de l'article 46 ch. 2 CP, chaque établissement est enjoint de pourvoir « *aux besoins de la vie morale* » des détenus, sous-entendu à une assistance spirituelle[775]. Des hommes de foi, de diverses confessions, pénètrent dès lors régulièrement l'enceinte de l'institution pour y rencontrer des détenus[776]. Ces rencontres s'effectuent soit par des entretiens personnels, soit par le biais des services religieux.

Tel que nous l'avons décrit précédemment, il convient de distinguer le secret de la confession du secret de l'ecclésiastique. De nature sacramentelle, le secret de la confession est absolu et se réfère aux rapports de l'être humain avec Dieu ; le ministre du culte jouant ici le rôle d'intermédiaire entre la personne qui se confesse et l'être supérieur. Le secret professionnel de l'ecclésiastique relève en revanche de l'exercice de sa profession. Il répond aux caractéristiques des autres secrets du même type, dont la violation est érigée en infraction à l'article 321 CP. Un certain nombre de questions relatives à l'(in)observation de cette obligation de confidentialité en ce milieu particulier qu'est la prison sont donc aussi susceptibles de se poser[777]. Néanmoins, comme l'intervention du ministre du culte demeure ponctuelle et généralement sur requête des détenus, et que son avis les concernant n'est que rarement sollicité dans la prise d'une décision relative à l'aménagement de l'exécution proprement dite de la peine, nous ne nous y référerons que de manière incidente.

---

[773] Cf Principe 1er, ch. 2 par. 1, 4 et 5 du « *Meta Code of Ethics* », adopté le 1er juillet 1995 à Athènes par l'Assemblée générale de la Fédération européenne des associations de psychologues.

[774] Pour un regard d'aumônier sur la prison et sur son travail d'écoute et d'empathie auprès des détenus, lire HEMMELER (1965). Pour d'autres témoignages et réflexions de ministres de culte sur l'institution carcérale et les détenus, cf. notamment NICOLET (1987); TOBLER-STÄMPFLI (1987); DE MESTRAL (1992); LANDENNE (1999); SCHILT (2000) ainsi que certains numéros des Informations pénitentiaires suisses, parmi lesquels le n° 116, 4/1981, pp. 207-214 et pp. 229-233.

[775] Tel que le souligne CLERC (1973), p. 14 « *l'allemand utilise la formule « dem seelischen Wohl », qui a une résonance plus religieuse que l'expression « vie morale* ».

[776] BAECHTOLD (2005), pp. 222s.

[777] A ce propos, cf. KOPP (2005).

1.6.5.2 Les collaborateurs du service de probation

Comme elle relève de la compétence des cantons, l'organisation des services sociaux pénaux et post pénaux est également très hétéroclite[778]. Les services de probation peuvent ainsi être assurés soit par une institution publique, soit par délégation, par une institution privée. Leurs collaborateurs peuvent en outre être amenés à intervenir sur plusieurs fronts, aussi bien *intra* qu'*extra* muros[779]. S'agissant de l'assistance à une personne condamnée à une longue peine privative de liberté, certains sont sollicités déjà dans le cadre de la semi-liberté et coopèrent étroitement avec les collaborateurs du service socio-éducatif de l'établissement. D'autres en revanche interviennent presque exclusivement hors les murs, par exemple dans le cadre de la libération conditionnelle[780], sans véritablement seconder les travailleurs sociaux de l'établissement dont relève le détenu. Le fonctionnement des différents services cantonaux de probation diffère par conséquent dans leur structure, mais aussi dans l'aménagement des fonctions dévolues à leurs agents. Ceux-ci revêtent en revanche tous le statut de fonctionnaire, au sens de l'article 110 ch. 4 CP, en tant qu'ils sont directement associés à l'exécution de tâches publiques.

Au sens de l'art. 47 CP, « *le patronage* »[781] contribue « *au reclassement de ceux qui y sont astreints* ». Il poursuit par conséquent clairement un but de prévention spéciale[782]. Dans cette perspective, le collaborateur du service de patronage remplit deux missions (apparemment) opposées[783]. Il encourage et soutient le « patronné » dans ses démarches, lesquelles concernent généralement la recherche d'un emploi et d'un logement et/ou le remboursement de ses dettes (plan de désendettement), et lui fournit dans ce cadre une aide morale et matérielle[784]. Dans un même temps, il est enjoint d'exercer une surveillance sur le patronné[785]. Il veille en particulier à ce qu'il respecte les règles de conduite qui lui sont imposées. Il s'assure en outre du suivi médical « *de ceux que l'alcoolisme, la toxicomanie,*

---

[778] Art. 379 CP.

[779] Voir par exemple le cas de la Fondation vaudoise de probation. Fondation de droit privé au sens des art. 80ss CC, elle intervient dans quatre secteurs distincts : l'assistance sociale en détention ; l'assistance sociale aux détenus libérés ; la surveillance des condamnés libérés conditionnellement ou au bénéfice d'un sursis et le suivi (soutien et contrôle) des personnes condamnées à une peine restrictive de liberté (travail d'intérêt général et arrêts domiciliaires). Pour de plus amples informations sur la Fondation vaudoise de probation, voir le site officiel du canton de Vaud : http://www.vd.ch/, sous : Département de la sécurité et de l'environnement, rubriques : Prisons/Organismes associés.

[780] Notons qu'aux termes de l'art. 87 al. 2 nCP, la libération conditionnelle sera désormais *généralement* assortie d'une assistance de probation pour toute la durée du délai d'épreuve.

[781] Nous maintenons ici la terminologie adoptée dans le Code pénal, bien que la notion de patronage (*Schutzaufsicht*) et les représentations qui en découlent revêtent une connotation ambiguë. En effet, le patronage dont il est question ici se distingue nettement de son but charitable et philanthropique historiquement consacré, tel que nous le dépeint par exemple O'BRIEN (1988), en particulier pp. 260-269, dans la France de la fin du 19e siècle. Actuellement en Suisse, le patronage peut être ordonné conjointement à l'octroi du sursis ou de la libération conditionnelle ou en cas de suspension de l'exécution de la peine en faveur d'un traitement ambulatoire. Il s'achève à la fin du délai probatoire imparti ou du traitement, sauf si la loi prévoit son prolongement sur requête de l'intéressé. Sur le patronage tel qu'il est conçu à la suite de l'entrée en vigueur du Code pénal de 1942, cf. CLERC (1947) ; à l'issue de la révision de 1971, cf. BOLLE (1982) ; à l'heure actuelle, cf. BRUNI (2000) et dans le Code pénal révisé, cf. BAECHTOLD (2005), pp. 239ss. Pour un survol de cette institution *passé-présent-futur*, lire BRUNI/FINK (2003; 2004*a* ; 2004*b*) et des hypothèses d'évolution la concernant, cf. FRAUENFELDER (2002).

[782] BAECHTOLD in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 747, n°2. Cf. également l'ATF 118 IV 218, 219s.

[783] Sur la question, cf. BAECHTOLD in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 752, n° 16 et références citées.

[784] BAECHTOLD in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 750, n°9.

[785] ATF 104 IV 62.

l'état mental ou physique prédisposent à la récidive »[786]. Par conséquent, les collaborateurs des services cantonaux de patronage, dont les structures et les organisations n'opèrent pas de stricte délimitation entre les tâches affectées à la surveillance et celles axées sur l'assistance, oscillent constamment entre les deux pôles.

Avec l'entrée en vigueur du Code pénal révisé, la mission de contrôle dévolue aux agents de probation devrait[787] s'effacer au profit du renforcement de leurs fonctions d'accompagnement et de soutien. A l'instar de plusieurs cantons déjà, le Code pénal révisé consacre en effet définitivement la notion d'assistance de probation (*Bewährungshilfe*), marquant de la sorte le rôle prépondérant de l'assistance au détriment de la surveillance[788]. Bien qu'elle continuera de revêtir une certaine force contraignante et de tenir compte de la sécurité publique[789], l'assistance de probation aux condamnés est ici conçue de telle sorte que soient privilégiées la finalité d'aide[790] et la dimension participative de l'intéressé[791]. Elle portera sur toutes les difficultés auxquelles le condamné est confronté, notamment sur les plans personnel, familial, psychique, médical et matériel. Elle pourra également concerner une recherche d'emploi ou de logement. Les agents de probation seront en outre habilités à recourir ponctuellement à des spécialistes pour résoudre des problèmes spécifiques. A l'instar du droit positif, l'assistance de probation pourra être assortie de règles de conduite, imposées par l'autorité d'exécution à l'intéressé pour toute la durée du délai d'épreuve[792].

En vertu de l'article 93 al. 2 nCP, les collaborateurs du service de probation seront dans le cadre de leurs fonctions tenus de « *garder le secret sur leurs constatations* ». L'introduction de cette obligation de confidentialité[793] rend compte en partie des préoccupations des praticiens à l'égard des tâches duales des agents de probation[794], qu'ils interviennent en amont, pendant, ou en aval de l'exécution proprement dite de la sanction. Elle leur permettra en particulier d'asseoir une relation avec le condamné fondée sur des bases claires. Leur rôle

---

[786] Art. 47 al. 3 CP. Pour une énumération des buts et des missions du patronage, cf. BRUNI/FINK (2004*b*), pp. 56-58.

[787] « *Devrait* » car il n'est pas certain, au regard du contexte sécuritaire qui nous occupe actuellement, que cette orientation puisse véritablement s'épanouir comme telle. A ce propos, lire notamment VAN KALMTHOUT (2003), lequel démontre comment l'assistance de probation a tendance en Europe à servir de plus en plus les intérêts de la société, au détriment de ceux de son « client ».

[788] HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER (2004), ad art. 93ss nCP, pp. 96ss.

[789] En tant qu'elle doit, aux termes de l'art. 93 al. 1er nCP, « *préserver les personnes prises en charge de la commission de nouvelles infractions* ».

[790] FF 1999 1787, 1934

[791] Dans l'esprit voulu en particulier par le chapitre IV de l'Annexe à la Recommandation n° R(92)16 relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, adoptée par le Comité des Ministres le 19 octobre 1992, lors de la 482e réunion des Délégués des Ministres, qui traite du consentement et de la participation du délinquant à l'exécution de sa sanction en milieu libre. Plusieurs dispositions du nouveau Code pénal attestent de cette orientation « consensuelle » donnée à la peine privative de liberté. Dans le cadre de l'assistance de probation, voir notamment l'art. 95 al. 1er nCP, en vertu duquel la participation du condamné est requise dans l'établissement du rapport destiné aux autorités compétentes. En particulier, l'intéressé peut se prononcer sur ce rapport. Le cas échéant, son avis divergent y sera mentionné.

[792] Cf. art. 94 nCP, lequel dresse une liste non exhaustive de règles de conduite envisageables.

[793] « *Devoir de discrétion* » pour le Conseil fédéral. Cf. FF 1999 1787, 1935.

[794] Sur les difficultés de l'agent de probation de se situer entre l'*aide* et le *contrôle* - ou entre l'*assistance* et la *surveillance* (BOLLE (1982)) - dans sa relation avec son « client », lire LALANDE (1990) qui restitue ici le vécu des intéressés sur cette question en s'attachant à leur point de vue. On retrouve également l'ambiguité du rôle de cet agent in : BJP 1/1992, n°228, p. 24. Dans cette affaire, un assistant social du service de patronage du canton de Bâle-Campagne fut poursuivi pour entrave à l'action pénale, notamment pour ne pas avoir dénoncé aux autorités son « client ».

de contrôle demeurera en effet, puisqu'ils resteront enjoints de rapporter l'évolution du condamné à certaines autorités[795]. Le « *rapport sur la conduite* »[796] qui leur sera destiné réunira pour ce faire toutes les informations pertinentes leur permettant d'« *apprécier l'intégration de l'intéressé* ». Il devra notamment porter « *sur les circonstances du développement de l'intéressé, sur les particularités de son caractère et sur son environnement personnel* »[797]. Il reflètera de la sorte le volet « prévention de la récidive » de l'assistance de probation, mais aussi des aspirations d'ancrer définitivement dans la loi la nécessité d'une étroite collaboration entre les différentes autorités ; collaboration dont devra être clairement informé le condamné[798].

Si cette obligation de secret ne pourra s'opposer aux autorités mandantes, elle impliquera en revanche pour les agents de probation de taire à tout autre tiers les informations recueillies sur l'intéressé, à moins d'avoir obtenu son consentement écrit ou l'accord écrit de l'autorité cantonale affectée à l'assistance de probation. La formulation de cet alinéa se révèle particulièrement intéressante. Alors que la 1ère phrase dicte une obligation de confidentialité assimilable au secret de fonction dont la violation est érigée en infraction à l'article 320 CP, la 2ème phrase institue *in fine* un mécanisme de levée du secret analogue à l'article 321 CP, consacré au secret professionnel. En réalité, l'autorité de probation correspond à l'autorité compétente supérieure dont il est question tant à l'article 320, qu'à l'article 321 CP. L'innovation réside dans l'admission, pour la levée de cette obligation assimilable au secret de fonction, du consentement du maître du secret. Cette obligation de confidentialité est dès lors érigée *sui generis*, et prime sur celles consacrées au respect du secret professionnel et de fonction.

Notons enfin que l'assistance de probation devra être distinguée de l'assistance sociale facultative, expressément prévue à l'article 96 nCP et assurée elle aussi par les cantons. Alors que la première sera comme par le passé ordonnée et s'inscrira dans la période d'épreuve imposée notamment au détenu libéré conditionnellement, la seconde reposera sur une base volontaire et pourra intervenir dès la détention préventive, se poursuivre durant l'exécution de la sanction et jusqu'à la libération définitive[799].

1.6.5.3 Les visiteurs

Par visiteurs, nous entendons toutes les personnes qui pénètrent occasionnellement en prison, généralement pour une raison précise et pour un laps de temps prédéfini. En périphérie de l'institution carcérale, ils représentent souvent pour les personnes incarcérées leur lien le plus

[795] Qu'il s'agisse, implicitement, de leur autorité de probation à l'art. 93 al. 2 *in fine* et al. 3 ou, expressément, de l'autorité judiciaire (dans le cadre du sursis) ou d'exécution (dans le cadre de la libération conditionnelle) à l'art. 95 al. 3 nCP, par exemple si le condamné se soustrait à la probation ou ne se soumet pas aux règles de conduite qui lui ont été imposées.
[796] Sur les objectifs, la teneur et les potentiels destinataires du « *rapport social* », ainsi que les principales interrogations le concernant des professionnels de l'assistance de probation, voir RÜEGSEGGER ANNE, *Le rapport social: un défi du nouveau Code pénal pour la probation.* Rédaction et résumé des interventions et des travaux en groupes au Séminaire de l'Association suisse de probation des 17 et 18 novembre 2003. Cette synthèse est disponible sur le site de ladite Association: http://www.bewaehrungshilfe.ch/, rubriques : News/Séminaire : Le rapport social.
[797] FF 1999 1787, 1936.
[798] A ce propos, cf. FAIVRE (2005), en particulier pp. 23s.
[799] FF 1999 1787, 1940. Cf. également BRUNI/FINK (2004*a*), p. 42.

fort avec l'extérieur. Les plus assidus sont incontestablement la famille et les amis du détenu pour lesquels des plages spécifiques de visites sont réservées. On compte également les visiteurs de prison[800] qui accompagnent une ou plusieurs personnes incarcérées, notamment ceux dont les proches vivent à l'étranger, les avocats des détenus et les tuteurs, pour les condamnés sous mesure tutélaire. L'établissement d'exécution de peine accueille en outre à intervalles plus irréguliers des personnes aux horizons variés, tels que des chercheurs, des personnalités politiques, des étudiants, des artistes, des enseignants et des journalistes. Au contraire des proches des détenus, ils ne sont pas leurs confidents privilégiés.

Il est toutefois attendu de tous, à des degrés certes différents (pensons aux médias), qu'ils taisent la présence d'une personne incarcérée qu'ils auraient identifiée et s'abstiennent de relater avec force détails leur expérience dans l'établissement.

1.6.5.4 Les instances de contrôle de l'application des sanctions privatives de liberté

La « *haute surveillance* » sur l'exécution des peines revient au Conseil fédéral en vertu des articles 392 CP et 247 al. 3 LPP. Cette surveillance se limite toutefois on l'a vu à la vérification de la conformité des dispositions d'application cantonales au droit fédéral.

Ce sont par conséquent les organes concordataires, les commissions instituées par certains cantons[801] et/ou le CPT qui effectuent le contrôle des lieux de détention. Tous disposent de la faculté d'accéder librement aux établissements et aux personnes qui évoluent en son sein[802]. S'ils l'estiment nécessaire à l'accomplissement de leur mission, ils peuvent auditionner les personnes qui subissent leur peine, les intervenants ou des tiers externes, sans témoin[803]. Ils entendent également les détenus qui demandent à s'entretenir avec eux. Ils sont habilités en outre à exiger les documents utiles à leurs investigations. Ils disposent donc de l'accès à toutes les sources disponibles, matérielles et personnelles, sans qu'il puisse leur être opposé une quelconque obligation de confidentialité. Plusieurs directeurs d'établissements nous ont d'ailleurs confirmé la « *levée totale* » des secrets à l'occasion des visites de ces instances de contrôle dans leur établissement.

---

[800] On lira avec intérêt et la distance qui s'impose en raison du temps écoulé, les récits d'expériences vécues par différents visiteurs de prison in : Informations pénitentiaires suisses 2/1985, pp. 78-88.

[801] Ces commissions sont généralement de nature administrative. Elles peuvent être, selon les cantons, parlementaires, extra-parlementaires ou *ad hoc*, instituées à l'occasion de circonstances particulières. Sur ces commissions, cf. notamment PFENNINGER (1955), en particulier pp. 290-302; WEISS (1970), pp. 162-164; MARTY (1974), pp. 69ss ; ROBERT C.-N. (1974), pp. 147-149 ; ROTH (1991), p. 315 ; BAECHTOLD (2001), p. 663. Notons que les Etablissements de Bellechasse, notamment en raison du fait qu'ils sont dotés de la personnalité juridique, disposent d'une *commission administrative* présidée par le chef de la direction en charge des affaires pénitentiaires. Aux termes des art. 5-7 de la Loi sur les Etablissements de Bellechasse du 2 octobre 1996 (RSF 341.1.1), il lui incombe notamment d'approuver le règlement interne de l'établissement et de fixer les objectifs de gestion de l'établissement. Il lui appartient en outre d'adopter le rapport annuel d'activités de la direction et de veiller à la conformité de l'exécution des peines avec les règles légales et concordataires. Le directeur de l'établissement assiste à ces séances avec voix consultative. A ce propos, cf. DE ROUGEMONT (2003), pp. 455s.

[802] En vertu notamment de l'art. 10 du Concordat de la Suisse du nord-ouest et centrale et de l'art. 21 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin pour les autorités cantonales instaurées à cet effet et des art. 2 et 8 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, s'agissant du CPT.

[803] A propos de l'« *entretien sans témoin* », dans le cadre des visites de lieux de détention par le CPT et le CICR, cf. HARDING (1997*b*).

A l'issue de leurs visites, ces organes rédigent des rapports et émettent des propositions et recommandations qui sont parfois[804] rendues publiques[805]. Partant, ils doivent veiller à anonymiser les noms des détenus rencontrés et/ou ne pas rendre compte des cas dont il serait aisé de découvrir à quel(s) individu(s) ils se réfèrent, à moins que ces personnes y consentent expressément[806].

Il sied de relever dans ce domaine que l'Assemblée générale des Nations Unies s'est elle aussi récemment dotée d'un mécanisme de contrôle. Le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté dans sa résolution 57/199 du 18 décembre 2002[807], instaure en effet un organe de contrôle relativement analogue à son petit frère européen le CPT[808]. Le « *Sous-Comité de la prévention* »[809], aidé des « *mécanismes nationaux (ou régionaux) de prévention* » que devront créer les Etats Parties[810], auront pour principale mission d'inspecter les lieux de privation de liberté[811] et de s'assurer du respect des standards minimaux les concernant. Ils bénéficieront dans ce cadre de l'accès illimité aux lieux de détention et aux personnes détenues et qui travaillent en leur sein. Les informations qui seront ainsi récoltées sont dites « protégées ». Les recommandations et observations formulées aux Etats seront communiquées sous le sceau de la confidentialité et les données personnelles recueillies devront demeurer anonymes, sous réserve du consentement exprès de la personne concernée[812].

---

[804] En effet, en vertu de l'article 11 de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants « *1. Les informations recueillies par le Comité à l'occasion d'une visite, son rapport et ses consultations avec la Partie concernée sont confidentiels. 2. Le Comité publie son rapport ainsi que tout commentaire de la Partie concernée, lorsque celle-ci le demande* ».

[805] Voir par exemple les rapports de la Commission des visiteurs officiels du Grand Conseil du canton de Genève, accessibles en format Pdf sur le site officiel de l'Etat de Genève, www.ge.ch, rubrique : Mémorial du Grand Conseil. S'agissant du CPT, lire ses rapports adressés au Conseil fédéral à propos de ses visites effectuées en juillet 1991, en février 1996 et 2001 et en octobre 2003, ainsi que les réponses de notre gouvernement (rapports et rapports de suivi), sous : http://www.cpt.coe.int/fr/etats/che.htm.

[806] Art. 11 ch. 3 de ladite Convention.

[807] Le Protocole facultatif a été ouvert à la signature des Etats le 4 février 2003. Aux termes de son art. 28, il entrera en vigueur le 30e jour après la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du 20e instrument de ratification ou d'adhésion.

[808] Pour de plus amples développements sur ce nouvel instrument et les aménagements auxquels devront consentir les autorités helvétiques compétentes en matière pénitentiaire pour y répondre adéquatement, lire DE ROUGEMONT (2003).

[809] De son nom exact : *Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du Comité contre la torture*. Les art. 5 à 10 dudit Protocole traitent notamment de sa composition, de la procédure de désignation de ses membres et de son fonctionnement. Les art. 11 à 16 détaillent son mandat et les obligations des Etats Parties pour lui permettre de le mener à bien.

[810] Art. 3 et art. 17 à 23 dudit Protocole.

[811] Aux fins dudit Protocole (art. 4 ch. 2), il faut entendre par « *privation de liberté (…) toute forme de détention ou d'emprisonnement, ou le placement d'une personne dans un établissement public ou privé de surveillance dont elle n'est pas autorisée à sortir à son gré, ordonné par une autorité judiciaire ou administrative ou toute autre autorité publique* ».

[812] Art. 16 ch. 1er et art. 21 ch. 2 dudit Protocole.

1.7 La population pénale

1.7.1 Statut juridique du détenu

Si « *la justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons* », pour reprendre la désormais célébrissime formule des juges de la Cour de Strasbourg dans l'affaire CAMPBELL et FELL[813], force est de constater que la mise en œuvre des droits fondamentaux et des droits de l'homme demeure malaisée en ce milieu coercitif[814].

Depuis 1975, il est acquis que « *les exigences normales et raisonnables de la détention (…) peuvent justifier des ingérences plus grandes à l'égard d'un détenu que d'une personne en liberté* »[815]. Ainsi, toute personne incarcérée jouit certes des libertés individuelles, mais elle est limitée dans leur exercice. Les privations qu'elle subit ne se réduisent donc pas à la seule perte de sa liberté d'aller et venir, mais s'étendent à d'autres aspects de sa vie personnelle[816]. Par ailleurs, le détenu est envers l'Etat placé dans un rapport **de droit** spécial, synonyme de subordination, notamment[817]. Ce lien particulier implique en contrepartie de l'autorité étatique une responsabilité accrue à son égard[818]. La théorie des « *limitations implicites* » à l'exercice des droits de l'homme en prison, émise par l'ancienne Commission européenne et selon laquelle la privation de liberté admise à l'art. 5 par. 1 CEDH suppose tacitement la restriction d'autres droits de l'homme qu'elle consacre, est dès lors révolue[819]. Il revient désormais à l'administration pénitentiaire d'assurer la conformité des limitations qu'elle apporte aux droits fondamentaux des détenus avec les exigences posées par la CEDH, et non plus aux personnes incarcérées de prouver l'incompatibilité de leurs droits avec leur statut pénitentiaire[820].

---

[813] Arrêt *Campbell & Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984, série A, n° 80, par. 69.

[814] Dans le même sens, cf. CASILE-HUGUES (1994), pp. 105s. Par conséquent, la promotion et la mise en œuvre des droits de l'homme en détention font l'objet d'une doctrine très abondante. Cf. notamment, sous l'angle des instruments européens, en particulier la CEDH et/ou les textes du Conseil de l'Europe : DAGA (1992); BARTSCH (1992); DEBOVE (1997); SPIELMANN (2000); TRECHSEL (2004a), pp. 111-120, et par une approche de droit comparé, national et conventionnel : KAISER (1990).

[815] Arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A, n° 18, par. 45.

[816] La jurisprudence fédérale et strasbourgeoise est abondante en la matière. Pour un aperçu, cf. COUSSIRAT-COUSTERE in PETTITI/DECAUX/IMBERT (1999), ad. art. 8 par. 2 CEDH, pp. 349-351; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *vol. II* (2000), pp. 181-184, n°343 et MAHON in AUBERT/MAHON (2003), p. 293, n°14.

[817] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *vol. II* (2000), p. 187, n°348 ; BREITENMOSER in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (2002), p. 196, n°19.

[818] Pour TRECHSEL (2004*a*), pp. 101-102, trois types d'obligations distinctes incombent à l'Etat en vertu de cette responsabilité accrue. La première consiste à assurer les besoins élémentaires d'existence du détenu. La deuxième veut que l'assistance nécessaire lui soit octroyée pour qu'il puisse, à tout le moins en partie, jouir des droits indirectement atteints par la privation de la liberté (contacts avec l'extérieur, exercice de sa religion, etc.). La troisième vise à le protéger des "dangers" inhérents à l'emprisonnement, notamment des auto- et des hétéroagressions. Cette responsabilité ne doit cependant pas empêcher le détenu de se responsabiliser à son tour. Au contraire, la « *participation active* » dont il est question dans le Code pénal révisé souligne précisément qu'il aura à s'impliquer de plus en plus dans sa prise en charge. Sur l'obligation des Etats membres à la CEDH de protéger les droits de l'homme en détention, au besoin si nécessaire par des prestations positives, cf. SCHÜRMANN F. (2002), en particulier pp. 260-262.

[819] MALINVERNI (1984*a*), p. 79; BECHLIVANOU (1992), pp. 1609s; DE BECO (1995), p. 328; TULKENS F. (2002*a*), p. 30.

[820] FAVARD (1993), p. 128.

En Suisse, l'abandon de la théorie relative aux rapports **de sujétion** spéciaux, développée au regard de l'ancienne jurisprudence de la Commission[821], coïncide avec l'adoption de la première mouture des règles pénitentiaires européennes[822]. Cette théorie présupposait à tort que le principe de la légalité pouvait ne pas être rigoureusement appliqué aux individus liés par ce rapport de sujétion spécial, et donc que les atteintes à leurs droits et libertés fondamentales n'étaient pas soumises à l'exigence d'une base légale. En 1973, dans l'affaire MINELLI (I)[823], le Tribunal fédéral a opéré un revirement de jurisprudence et reconnaît depuis lors que le principe de la légalité doit « *régir toutes les activités de l'Etat, quelles qu'elles soient, et s'appliquer aux personnes qui sont liées à lui par un rapport de sujétion spécial en tous cas dans la même mesure qu'au citoyen ordinaire, précisément parce qu'elles se trouvent dans un rapport de dépendance* »[824]. Il est par conséquent admis « *que le principe de la légalité doit régir la vie des détenus dans la même mesure que celle des citoyens libres* » et qu'il incombe à l'Etat de veiller à ce qu'il en soit ainsi[825].

Tout au long de l'accomplissement de sa peine, le détenu est enjoint de respecter les prescriptions régissant son quotidien en détention[826]. Il doit en particulier s'astreindre à un travail, observer les règles de la vie en communauté et se plier aux directives du personnel[827]. Il est aussi habilité désormais à prendre part à l'exécution de sa peine et à émettre des propositions en rapport avec celle-ci. Les concepts de « normalisation », de « participation active », de « contractualisation » et de « responsabilisation » présument ainsi une captivité à visage plus humain (d'où la notion d'« humanisation »). Il faut toutefois se garder de voir en ces avancées une véritable révolution, ainsi que nous le constaterons notamment par une brève analyse du consensualisme en prison. Sans rejoindre les auteurs[828] qui voient en ces concepts généraux d'équivalence et en l'avènement des droits des détenus de nouvelles voies susceptibles de renforcer la légitimité du recours à la prison et de dissimuler de la sorte ses échecs, il importe de ne pas non plus se laisser anesthésier par des principes dont le sens premier remporte certes aisément notre adhésion, mais dont la concrétisation dans les faits ne peut que demeurer très imparfaite[829].

---

[821] Cf. par exemple les ATF 97 I 45 et 97 I 839.

[822] Résolution (73)5 relative à l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus, adoptée par le Comité des Ministres le 19 janvier 1973 lors de la 277e réunion des Délégués des Ministres. Sur ces règles et leur influence sur les activités respectives des autorités suisses, fédérales et cantonales, législatives, administratives et judiciaires, cf. BOLLE (1987).

[823] ATF 99 Ia 262. Jurisprudence confirmée par la suite, notamment dans les ATF 102 Ia 279 et 103 Ia 293.

[824] MALINVERNI (1984 *a*), p. 81.

[825] MALINVERNI (1984 *a*), p. 101.

[826] De manière générale, les droits et les obligations du détenu sont mentionnés dans les législations cantonales consacrées à l'exécution des sanctions privatives de liberté (règlements sur les établissements, lois sur l'exécution des peines, etc.).

[827] Sur le caractère parfois fluctuant, parfois même contradictoire, des directives internes de l'établissement et de celles de son personnel, cf. HATTEM (1991), pp. 142-144.

[828] Cf. par exemple KAMINSKI (2002*a*); CARTUYVELS (2002).

[829] FAUGERON (2002), p. 290; SNACKEN (2002). L'idée de *responsabiliser* le détenu, par exemple, a cela de pervers qu'elle peut avoir pour corollaire la déresponsabilisation subséquente de l'autorité préposée à sa garde. En admettant d'octroyer une plus grande marge de manœuvre au détenu, indissociable du concept de responsabilisation, le risque existe en effet que l'appareil pénitentiaire se libère simultanément de toute responsabilité face à ses échecs. Sur ce point, cf. également LEMIRE (1990), p. 179.

1.7.2 Une population hétérogène et fragilisée

Le milieu carcéral se caractérise par les détenus qui l'occupent. Par leurs différences d'âge, de statut civil, d'origine et de nationalité, ils représentent un groupe très hétérogène[830]. Dans les établissements suisses d'exécution de peines, on constate par exemple une surreprésentation de détenus étrangers[831]. Il en découle notamment un « *choc des cultures* » qui se révèle souvent difficile à gérer[832]. Il faut donc sans cesse composer avec les us, les coutumes, la langue et les croyances - notamment religieuses - des uns et des autres ; par exemple éviter de placer dans une même rangée des ressortissants de pays dont on anticipe de graves mésententes pour des questions d'identité nationale ou ethnique[833].

Toutes les classes de la société sont représentées. Les franges les plus précaires, socialement économiquement et/ou culturellement, plus que les autres il est vrai. Il n'est en effet pas exagéré de dire de la population pénale qu'elle est en grande partie marginale, et très souvent marginalisée, à son entrée en détention, comme à sa sortie[834].

Hétéroclite, le groupe des détenus l'est aussi en regard des infractions pour lesquelles ils purgent leur peine. Par exemple, les personnes reconnues coupables d'infractions contre la vie, côtoient pêle-mêle les auteurs d'infractions au patrimoine ou d'atteintes à l'intégrité sexuelle.

Enfin, des détenus en proie à des troubles psychiques[835] et/ou souffrant d'addictions et de divers maux[836] cohabitent dans cet espace de vie très limité et rythmé par un temps lancinant, qui contribuent à exacerber[837] plus encore leurs pathologies[838].

---

[830] Pour des données relatives aux caractéristiques sociodémographiques de la population carcérale en exécution de peine et en détention préventive au milieu des années nonante, cf. OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (1998).

[831] OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (2001), p. 9; FINK (2002), p. 68 et p. 71; BAECHTOLD (2005), pp. 207-209.

[832] Sur les différentes manifestations de ce « *choc des cultures* » et les problèmes que posent, notamment en termes de sécurité, d'égalité de traitement et d'encadrement, une population majoritairement étrangère, cf. VALLOTTON (1993); TOMASEVSKI (1994); SURBER (1998), pp. 87-89; BAECHTOLD (2000*a*); WICKER (2002). Voir également la Recommandation n° R(84)12 concernant les détenus étrangers, adoptée par le Comité des Ministres le 21 juin 1984, lors de la 374e réunion des Délégués des Ministres.

[833] HARDING (1997*b*), p. 145.

[834] La majorité d'entre eux sont qualifiés par les sociologues de « *désaffiliés* ». Cf. notamment CASTEL (1995) et CHANTRAINE (2003 ; 2004*b*). Ce dernier restitue notamment, par l'analyse des « *trajectoires carcérales* » d'un ensemble de prévenus, la vie de « *galère* » qu'ils ont en commun et qui les mène, en bout de course - ou plutôt, dans son prolongement - à l'incarcération.

[835] Rappelons en effet qu'il n'existe toujours pas en Suisse d'« *établissements appropriés* » précisément destinés à accueillir ce type de population, conformément à la volonté du législateur. De gros efforts ont récemment été fournis pour la construction d'un tel établissement dans la région de Payerne mais ce projet s'est heurté au refus de la population concernée de vendre le terrain. A ce propos, cf. les Rapports annuels du CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE VAUD, 1998, p. 16 et 2000, p. 19; F. MANSOUR, *Un projet de « Prison EMS » divise les Payernois*, in *Le Temps* du 12 décembre 2002; BUREAU D'INFORMATION ET DE COMMUNICATION DE L'ETAT DE VAUD, *Payerne : mise à l'enquête de l'EMS sécurisé « La Passerelle »*, communiqué du 31 janvier 2003; F. MANSOUR, *Le sort d'une « prison EMS » se joue dans les urnes payernoises*, in *Le Temps* du 16 mai 2003; B. CESA/F. MANSOUR, *Payerne obtient le premier collège bicantonal mais refuse un EMS carcéral tout aussi novateur*, in *Le Temps* du 19 mai 2003.

[836] Tel qu'en attestent les résultats de l'enquête suisse sur la santé de l'OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (1998) menée en 1992/1993. Cf. également MANZANERA/SENON (2004), pp. 691-693.

S'agissant précisément de la notion de « temps » en prison, plusieurs recherches confirment que les détenus assimilent la période de l'exécution de la peine à « *un temps de vie suspendue, un temps vide* »[839]. Le temps apparaît également comme un facteur d'instabilité supplémentaire en tant que les détenus ne savent jamais quand ils seront en mesure de recouvrer la liberté surveillée[840]. Ils connaissent certes les périodes qui jalonnent l'exécution de leur peine - et ils les connaîtront d'autant mieux avec l'entrée en vigueur du plan d'exécution de peine - mais toutes les décisions relatives à l'aménagement de leur fin de parcours carcéral relèvent de l'appréciation d'une autorité, sur laquelle bien entendu ils ne peuvent exercer qu'une influence toute relative[841].

L'espace aussi joue un rôle crucial pour la population pénale. Il n'est pas rare que ce lieu clos irrite et que sa promiscuité et ses barreaux exaspèrent[842]. Tous se sentent - et sont - surveillés, épiés et évalués ; et tous, inversement, se surveillent épient et évaluent à leur tour[843]. La claustrophobie tend alors à devenir, au sens figuré, schizophrénique ; il apparaît en tous les cas qu'elle entraîne un certain nombre de troubles psychologiques[844].

Par ailleurs, si les intervenants doivent composer avec le regard parfois acéré des détenus, ces derniers sont eux aussi contraints d'assumer l'œil tour à tour inquisiteur, suspicieux ou prédicateur de chaque intervenant[845].

Ces différents regards participent de l'omniscience institutionnelle et institutionnalisée. Dans ces conditions, il n'est pas rare que le détenu se dote d'un « *masque* »[846] et adopte une position conformiste susceptible de le faire momentanément oublier des intervenants et de le garder éloigné des intrigues de ses codétenus.

Le masque en question permet en outre de contrer en partie les multiples intrusions dans sa sphère privée. Dès son entrée dans l'établissement, le détenu se voit en effet dépouillé d'une grande partie de son intimité[847]. Un arsenal de mesures techniques et dynamiques permet de

---

[837] « *Exacerber* » car un certain nombre d'entrants en prison importent de l'extérieur « *les stigmates précoces d'une vie placée sous le signe du risque subi ou délibérément encouru, davantage que sous celui de la prise en soin de soi* ». Cf. BARLET (1996), p. 7.

[838] Aussi le milieu est-il dit « *pathogène* » (LEGENDRE (1989); GONIN (1991)) et « *anxiogène* » (GRAVIER (1997)). Dans le même sens, cf. WEISS (1970), pp. 122-124; BOLLI (2002*a*), pp. 23s.

[839] LHUILIER/VEIL (2000), p. 292; BARLET (1996), p. 10 et p. 13; BESOZZI (1992), p. 17 et (1998/1999) p. 50. Pour d'autres éclairages sur le « *facteur temps* » en détention, cf. MOTTE DIT FALISSE (2004) et, s'agissant en particulier de la difficulté des personnes condamnées à de lourdes peines à gérer « *l'absence de perspective* », cf. HEIMOZ (2002); SCHUMANN (2002).

[840] C'est « *l'incertitude institutionnalisée* », expression de PETERS reprise par CHANTRAINE (2003), p. 373. Une incertitude forcément plus pesante encore pour les personnes condamnées à une mesure, dont la durée, rappelons-le, est indéterminée.

[841] HERZOG-EVANS (1998*c*), pp. 248s.

[842] Sur l'impact de cet environnement sur les détenus, cf. WENER (1989), en particulier pp. 361s.

[843] Ainsi la célèbre formule de CORMIER (1975), p. 10, « *when freedom is lost, everybody watches everybody* ». Dans le même sens, cf. BENGUIGUI (1997), p. 6; LE CAISNE (2000), p. 85; CASADAMONT/PONCELA (2004), pp. 212s.

[844] PAUCHET (1984), pp. 298s.

[845] A ce propos, CASADAMONT (1986), p. 135 traduit littéralement l'intitulé de l'ouvrage de CORMIER (1975) en recourrant aux notions de « *regardants* » et de « *regardés* ».

[846] LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001), p. 216. LE CAISNE (2000), p. 143, parle de « *faux-semblants* » qui consistent à « *faire croire* » et « *faire semblant de croire* ». Dans le même sens, voir JACQUARD/AMBLARD (1993), pp. 163s; CHAUVENET (1996), p. 68.

[847] BESSIN/LECHIEN (2002), p. 70 vont jusqu'à parler de « *déni d'intimité* ».

le surveiller en permanence. Il fait l'objet de multiples contrôles, *via* notamment les fouilles corporelles et de sa cellule, l'œilleton et la surveillance aux parloirs, lesquels constituent autant d'ingérences dans sa vie privée[848]. La cohabitation, lorsque deux ou plusieurs détenus occupent la même cellule, participe également de la difficulté à se réserver une parcelle d'intimité.

Tantôt révolté par la condamnation, tantôt amoindri par les privations, le détenu est en outre contraint de faire "bonne figure" et de dissimuler ses problèmes et ses états d'âmes. Aussi sa détresse naît également de son hésitation à révéler son identité ; identité dont il peine déjà à (re)construire la trame[849]. Il n'est pas rare alors qu'il s'en fabrique une, ne serait-ce que pour (sur)vivre - métaphoriquement s'entend - en ce lieu d'exclusion et se distinguer de ses pairs[850].
Indépendemment de l'identité factice qu'il revêt et de la position qu'il occupe dans le milieu, le détenu souffre de toute manière de solitude[851]. Elle est affective, sexuelle[852], sensorielle, spatio-temporelle[853] et permanente.

Quand bien même une conjonction de garde-fous le protège d'éventuelles situations arbitraires, le détenu demeure un être en situation d'« *infériorité* »[854], de « *soumission* »[855] et de « *vulnérabilité* »[856], tant dans son rapport à l'institution que dans sa relation à l'intervenant[857]. Aussi ne lui reste-t-il guère d'autres voies pour extérioriser sa souffrance que de mener des actions dirigées directement contre les intervenants, ses codétenus ou contre sa personne. Les hétéro- et autoagressions sont par conséquent souvent[858] l'expression de cette « *violence institutionnelle* »[859]. S'agissant des autoagressions en particulier, plusieurs auteurs

[848] Sur la question des immixtions dans la vie privée des détenus de l'appareil pénitentiaire et de ses agents, cf. SCHWARTZ (1972) dont les conclusions, si elles reflètent la situation d'établissements nords américains à sécurité maximale au début des années septante, demeurent à plusieurs égards encore riches d'enseignements. Pour une analyse comparée des législations et pratiques pénitentiaires de vingt-neuf Etats européens (y compris la Suisse) sur l'intimité de la vie privée et familiale (visite familiale et conjugale, fouille corporelle, correspondance écrite et téléphonique) et l'intimité corporelle (usage des douches et des sanitaires) des personnes incarcérées, cf. HERZOG-EVANS (2000*a*).
[849] DUFLON (2000), p. 25.
[850] Là aussi il est question de secret, dans sa dichotomie "taire ou dévoiler". A ce propos, lire COLIN/KLINGER (2004) qui se penchent sur la situation de prévenus analphabètes et, notamment, sur leur hésitation à dire ou dissimuler leur illettrisme. Le dévoiler, c'est s'exposer aux quolibets, voire à l'humiliation, risquer la stigmatisation et accentuer plus encore « *sa dépendance au bon vouloir des autres* » (p. 53). Dans le même sens, cf. COMBESSIE (2004), p. 92. Le taire, c'est demeurer dans l'ignorance, notamment des textes de l'administration pénitentiaire, et porter un lourd handicap qui touche à tous les aspects de sa détention. Un exemple : celui de ne pas être en mesure de maintenir des contacts épistolaires avec ses proches.
[851] Dans le même sens, cf. MONTANDON/CRETTAZ (1981), p. 221.
[852] Sur les différents enjeux liés à la sexualité en détention (reconnaissance des parloirs libres, c'est-à-dire sans dispositif de séparation, et des unités de vie familiale, prévention des maladies sexuellement transmissibles, violences sexuelles, homosexualité, isolement affectif, etc.), cf. notamment GRAVIER/LAMOTHE (1989); WELZER-LANG/MATHIEU/FAURE (1997); MORON/SUDRES/HAZANE/ARBUS (2004).
[853] LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001), pp. 67s.
[854] POULALION (2004), p. 340.
[855] FRANÇOIS (1981), p. 87.
[856] MAURER (1999); TRECHSEL (2004*a*), p. 99.
[857] COMBESSIE (2000), pp. 86s.
[858] Tel que le relève en effet MALEMPRE (2001), p. 112, les causes du suicide, par exemple, sont « *plurifactorielles* ».
[859] FRIZE (2004), p. 55. La violence en prison revêt plusieurs formes. Elle peut être interpersonnelle et collective ; elle est de toute manière structurelle et symbolique.

démontrent en effet une « *corrélation positive* » entre les contraintes du milieu et la fréquence notamment des automutilations, des grèves de la faim et des suicides[860].

Sans en arriver à de telles extrémités, le détenu, dépossédé d'une partie de son autonomie, fortement limité dans ses pouvoirs d'action et de décision, n'a qu'une influence très relative sur le cours des événements[861]. Il lui est dès lors particulièrement difficile de trouver des solutions pour faire face à son impuissance.

L'un des moyens de pallier à la fois à cet isolement et à cette impuissance consiste à se regrouper entre codétenus aux affinités similaires[862]. Etre admis dans une *bande* permet de combler le vide existentiel, de fraterniser, de renforcer un sentiment d'appartenance et/ou d'asseoir son autorité. Certaines trempent dans de petites magouilles, d'autres s'adonnent parfois à des pratiques plus strictement prohibées (trafic de cigarettes et de stupéfiants, confection d'alcool frelaté, *gambling*) et contribuent à l'apparition de contre-pouvoirs[863] à l'administration pénitentiaire, susceptibles de déstabiliser un équilibre par définition déjà très aléatoire au sein de l'institution.

1.7.3 Sous-culture carcérale

En 1940, CLEMMER[864] démontre de quelle façon les personnes incarcérées dans des établissements pénitentiaires américains assimilent et adoptent les valeurs, les normes et les codes de comportement et de langage instillés par la vie en détention. En analysant les effets de l'incarcération sur les détenus, il conclut à une tendance à leur « *prisonnisation* ». Il constate en particulier que l'emprise de l'institution sur ceux qu'elle détient est telle qu'il en émerge une sous-culture spécifique qui favorise notamment l'apparition d'une véritable école du crime et qui enraye leur processus de resocialisation. Ses écrits sont relayés par d'autres chercheurs nord-américains[865] et européens[866], qui précisent - et généralement nuancent - les

[860] Voir BOURGOIN (1994 ; 2001) et références citées par COMBALBERT/FAVARD/BOUCHARD (2002), p. 41. Cf. également GRAVIER/LE GOFF/DEVAUD (1998), lesquels se sont ici plus généralement intéressés aux différentes expressions de la violence en exécution de peine et en détention préventive, tant chez les hommes que chez les femmes. KILLIAS (2001*a*), p. 50, n° 1173 nous rend toutefois attentif à ne pas surestimer la fréquence des suicides en milieu carcéral.

[861] HATTEM (1991), p. 141; ABDELLAOUI (1996), p. 137.

[862] Tel que le souligne justement FIOR (1993), pp. 48s, l'appartenance à un groupe découle de nombreux autres facteurs, parmi lesquels l'emplacement géographique de la cellule, le *background* socioculturel (nationalité, langue, confession, etc.) et les facteurs criminels.

[863] Il n'est toutefois pas besoin d'être un groupe pour constituer un contre-pouvoir en détention, ainsi que le démontre CHANTRAINE (2004*d*) par une description typologique des positions occupées par les détenus. Sur la notion de contre-pouvoir et ses diverses manifestations, lire en particulier sa très intéressante description du détenu « *stratège* » en pp. 209-213.

[864] CLEMMER (1940).

[865] Cf. notamment SYKES (1958); GLASER (1964); LEMIRE (1990). Pour IRWIN/CRESSEY (1962) en revanche, la sous-culture n'est pas (seulement) le fait de l'incarcération, mais est principalement importée de l'extérieur et trouve en détention un terrain particulièrement fertile pour se déployer et se renforcer. JACOBS (1975) et (1983), pp. 1221s confirme cette hypothèse notamment *via* l'analyse, dans le contexte correctionnel américain des années septante, du rapport entre les origines raciales, en particulier afro-américaines, et l'émergence d'une sous-culture carcérale.

[866] En Suisse, notamment par DAVIDOVIC (1976) sous un angle psycho- et pathologique. En Allemagne, notamment par HARBORDT (1967). En France, notamment par BUFFARD (1973) et en Angleterre, par MORRIS /MORRIS (1963).

concepts de « *prisonnisation* » ou « *prisonniérisation* »[867], résultant de l'« *acculturation* » ou de la « *sur-adaptation* »[868] du détenu à son milieu.

Si ces constatations ne peuvent être reprises dans leur globalité dans le contexte contemporain et helvétique de l'exécution des peines privatives de liberté[869], elles restent des indicateurs particulièrement intéressants dès lors que l'on examine l'impact du milieu sur les détenus[870]. Par exemple, il apparaît que les personnes condamnées à de longues peines d'emprisonnement[871] sont le plus sujettes à s'imprégner des rites, du rythme et des valeurs de l'institution[872]. Ce phénomène est alors un élément parmi d'autres qui permet d'expliquer la difficulté « *des longues peines* » de se départir de « *l'empreinte* »[873] carcérale et de réapprivoiser le monde libre à leur sortie de prison[874].

1.8 Un faisceau de relations

La prison est incontestablement un lieu de multiples interactions sociales[875]. Dans les développements qui précèdent, nous avons pu constater que le statut légal et identitaire des différents intervenants, de même que l'exercice de leur profession, se révèlent littéralement façonnés par les exigences de l'appareil pénitentiaire. Aussi n'est-il pas exagéré d'affirmer avec COMBESSIE que « *la logique carcérale surdétermine toutes les activités au sein de la prison* »[876].

---

[867] LEMIRE (1990).

[868] GOFFMAN (1968) en particulier distingue les « *adaptations primaires* » des « *adaptations secondaires* ». Les adaptations *primaires* font référence à la malléabilité des « *reclus* » qui adoptent un comportement respectueux des règles et des directives de l'institution, alors que les adaptations *secondaires* renvoient aux stratégies qu'ils mettent en œuvre pour se détourner du contrôle totalisant de l'institution et se réserver des plages de "liberté". Sur la question des « *adaptations secondaires* », lire également la réflexion de MARY (1989) menée à partir des différents moyens auxquels recourent les détenus pour tenter de s'opposer à l'emprise carcérale (moyens qu'il regroupe sous l'expression « *pratiques clandestines* »). Lire enfin LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001), pp. 160ss sur les stratégies d'adaptation des détenu(e)s à l'emprisonnement eu égard aux ressources dont ils/elles disposent et le point de vue de POULALION (2004) sur ce qu'il nomme « *une culture des résistances carcérales* ».

[869] BESOZZI (1998/1999) pp. 115ss.

[870] Sur ce point, CHANTRAINE (2000).

[871] Le livre de MARCHETTI (2001) est un ouvrage de référence en sociologie carcérale sur les personnes condamnées à de longues peines privatives de liberté. En s'attachant aux récits de ces personnes, l'auteur présente toutes les facettes de leur incarcération et leur parcours en amont et en aval de la reddition de leur jugement de condamnation. Elle restitue également leur réflexion sur l'acte commis et s'attarde sur les manifestations de leur éventuelle introspection. Elle traite enfin de leur rapport à la justice et à l'appareil pénitentiaire.

[872] Pour une synthèse des résultats (différenciés) des principales études consacrées aux effets de l'incarcération de longue durée sur les détenus, cf. SNACKEN (1999), pp. 56-60. Sur cette question, cf. également BERK (1996); DÜNKEL/SNACKEN (2000), pp. 150-152 et HATTEM (1991), pp. 147-156 qui examine différentes « *stratégies de survie* » et « *formes de résistance* » mises en œuvre par des détenues condamnées à de lourdes peines pour « *donner un sens au temps passé en prison* ».

[873] LHUILIER/AYMARD (1997), p. 13. CASADAMONT (1996), p. 296 recourt à une formule plus éloquente encore : « *se libérer du carcéral en soi* ».

[874] Dans le même sens, cf. PLESS-BÄCHLER (1993), p. 105. Lire également le très intéressant article de C. PRIEUR, *Après avoir purgé de longues peines de prison, les détenus appréhendent le jour où ils se retrouveront de l'autre côté, confrontés au monde extérieur, libres*, in *Le Monde* du 20 décembre 2002, qui restitue le point de vue de différents professionnels de l'exécution des sanctions sur la question.

[875] VACHERET (2001*b*), p. 11; CHANTRAINE (2003), p. 365.

[876] COMBESSIE (2000), p. 85.

Dans le même sens, « *la dynamique des relations* »[877] en prison se trouve profondément affectée par les contraintes du milieu, les spécificités des différents acteurs en cause et les objectifs poursuivis par la privation pénale de liberté. Leurs relations se nouent en effet toujours au croisement de différentes rationalités institutionnelles, notamment d'ordre sécuritaire, administratif, légaliste, éducatif, curatif et gestionnaire[878]. Cette convergence de dialectiques, sinon totalement antinomiques, à tout le moins dissemblables, brouille indéniablement le jeu des relations en détention. Il en est de même de l'alternance des rapports horizontaux, noués entre les différents membres de la communauté pénitentiaire, avec ceux, verticaux, qu'implique forcément le rapport statutaire des détenus et des intervenants à l'entité étatique carcérale dont ils relèvent. Enfin, cette dynamique se meut également en fonction des arrivées et des départs des uns et des autres. La prison se révèle dès lors par définition peu stable, non seulement car elle est susceptible à tout moment d'imploser[879], mais également car elle revêt chaque jour un autre visage dans la personne de ses occupants. Ses va-et-vient continus impliquent forcément des uns et des autres des ajustements constants.

C'est donc dans ce contexte délicat que s'instaurent plusieurs types de relations. Schématiquement, nous qualifions ces relations d'**intragroupales**, lorsqu'elles concernent les différents membres d'un seul et même groupe (par exemple détenu-codétenu, infirmier-médecin) ou d'**intergroupales**, lorsqu'elles s'intéressent aux interactions entre différents groupes (par exemple, groupe des surveillants-groupe des travailleurs sociaux). Nous les disons enfin **individuelles** ou **de face à face**, dès lors qu'elles renvoient, sous un angle personnel et non sous un rapport au groupe, aux interactions entre un individu d'un groupe à un individu d'un autre groupe (par exemple relation médecin-détenu). Qu'elles soient individuelles, intra- ou intergroupales, elles peuvent impliquer un rapport d'autorité et/ou une relation de subordination hiérarchique, tacite[880] ou dictée par la loi.

En pratique, ces dynamiques relationnelles, personnelles et/ou collectives, ne sont pas exemptes de conflits. En cela, la prison ne diffère pas de tout autre milieu. La lourdeur de la hiérarchie, la pesanteur institutionnelle et la difficulté éprouvée par tous de gérer la privation de liberté, complexifient néanmoins grandement la nature des liens ici en présence. Par ailleurs, la réunion sous le même toit d'une grande diversité socioculturelle, économique et éducationnelle engendre un certain nombre d'incompréhensions[881]. Des difficultés de rapprochement peuvent aussi émerger de l'hétérogénéité de chaque groupe pris pour lui seul, dont les membres poursuivent parfois des intérêts personnels distincts, quand bien même ils sont censés faire converger leurs pratiques vers un même but[882].

---

[877] La formule est empruntée à ROSTAING (1997 ; 1998).

[878] QUELOZ (2002), p. 219.

[879] Sur la base des propos de plusieurs intervenants, CHAUVENET (1998), p. 97 parle de « *bombe qu'il faut sans cesse désamorcer* ».

[880] Par exemple, lorsque des alliances se créent, les plus faibles (en nombre, en capacité de persuasion, etc.) plient ; une hiérarchie implicite se crée. Sur le jeu des alliances et leur « *labilité* », cf. notamment CHAUVENET (1996), p. 67.

[881] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2000), p. 10.

[882] VACHERET (2001*b*) démontre en effet dans quelle mesure les relations en prison sont « *atomisées* » : non seulement elles sont éclatées entre les groupes, mais aussi au sein d'un même groupe. Selon elle, les ententes *intra*groupales se font de plus en plus rares ou alors toujours de façon momentanée, pour régler une situation précise qui puisse servir à l'ensemble du groupe. Les pratiques à l'intérieur du même groupe ne sont en outre pas forcément uniformisées. Chacun connaît par ailleurs des conflits de génération et de position. Dans ces conditions, le sentiment d'appartenance à son groupe faiblit, tant du côté des intervenants, que du côté des détenus d'ailleurs. A ce propos et s'agissant du groupe des surveillants en particulier, lire également

Pour toutes ces raisons, il n'est pas exagéré d'affirmer que les relations interpersonnelles "incarcérées" sont en constante redéfinition et que l'équilibre des échanges en prison se révèle en perpétuelle (re)négociation. Dans ces conditions, la rétention ou la divulgation d'une information scellée par un secret est susceptible de provoquer des réactions en chaîne et de canaliser un certain nombre de rivalités et/ou, à l'inverse, de complicités.

1.8.1 Relations entre détenus

Le postulat selon lequel le groupe des détenus forme de toute manière une entité solidaire et soudée est erroné. Plusieurs études le confirment, généralement dans le prolongement des observations effectuées sur les différentes manifestations de la « *prisonnisation* ». Nous nous bornerons à restituer ici très succinctement les conclusions des recherches principales.

C'est à nouveau CLEMMER[883] qui fait figure de proue. Il fut en effet l'un des premiers à s'intéresser de près à la « *communauté des détenus* » et à leurs relations réciproques, suivis notamment de SCHRAG[884] et de ses étudiants de l'Université de Washington, à Seattle. Leur ont succédé le désormais incontournable SYKES[885], GLASER[886], puis MATHIESEN[887]. CLEMMER et MATHIESEN affirment que les détenus ne se considèrent pas tous appartenir à un seul et même groupe et qu'il n'est dès lors pas forcément question d'esprit d'entraide entre eux. Nous verrons plus loin que SYKES s'est intéressé dans une commune mesure aux détenus *et* aux surveillants ainsi qu'à leurs relations réciproques. S'agissant du groupe des détenus, il s'interroge en particulier sur la façon (différente) dont ils vivent l'emprisonnement au regard de ce qu'il entraîne en termes de privations (perte d'autonomie, de choix, de contacts, etc.)[888]. Comme SCHRAG, il dégage une typologie de rôles sociaux dont se dotent les détenus, à partir de leur jargon et de l'analyse de leurs relations, de leur statut et de leur position dans le groupe. GLASER quant à lui souligne notamment que les détenus cherchent à se conformer aux valeurs et aux prescriptions institutionnelles pour améliorer leurs conditions d'incarcération. Il leur importe en définitive plus de maintenir une apparence de cohésion groupale - et dès lors d'écarter tout élément perturbateur qui viendrait la mettre en péril - que de nouer entre eux des liens d'amitié.

LHUILIER/AYMARD (1997), pp. 228-234. En ce qui concerne le groupe des professionnels de la santé, MILLY (2001), pp. 190ss relève qu'il existe un fossé entre l'homogénéité des discours des professionnels de la santé et l'hétérogénéité de leurs comportements effectifs. Sa typologie de quatre groupes d'acteurs (p. 194) « *rend compte de la diversité des actions et des représentations des professionnels de santé intervenant en prison* ». Il identifie ainsi les « *organicistes* », qui « *centrent leur activité autour de l'acte technique du soin* », les « *spécialistes pénitentiaires* », qui « *entendent faire reconnaître une forme de spécificité de l'exercice des métiers de santé en prison* », les « *consensuels* », qui « *cherchent avant tout à éviter les conflits avec les personnels pénitentiaires* » et enfin les « *puristes* » qui « *font du respect de la déontologie l'alpha et l'oméga de leur activité* ». Au-delà de l'« *affichage commun* », il parvient à souligner de la sorte que tous posent un regard différent sur le patient-détenu, sa prise en charge médicale, le respect des règles déontologiques, en particulier le secret médical, leur lien à l'institution et leurs interactions avec les autres membres du personnel. Ce regard modèle forcément leur activité et leur rapport au groupe dont ils ressortissent.

[883] CLEMMER (1940).

[884] SCHRAG (1950).

[885] SYKES (1958).

[886] GLASER (1964).

[887] MATHIESEN (1967*a*), mais dans une prison préventive européenne.

[888] Pour une synthèse du « *modèle privatif de la sous-culture* » développé par SYKES, cf. LEMIRE (1990), pp. 39-47.

Une autre analyse intéressante, plus récente et plus proche de la réalité de nos établissements, est celle de LE CAISNE. Par une approche ethnographique, elle démontre que les personnes incarcérées dans un établissement pour hommes[889] sont souvent très promptes à se cataloguer les unes et les autres, eu égard à une échelle de valeurs qui leur est propre. Aussi les relations entre détenus reposent certes sur leurs affinités réciproques, mais peuvent aussi se construire à partir d'une série de « *figures* » prédéterminées, lesquelles sont définies notamment en fonction « *du crime commis, de l'identité ou de la nature de la victime (en particulier, une banque), et des liens qui l'unissent à cette dernière (connue ou non, proche ou non)* »[890]. Cette classification d'ordre typologique induit une hiérarchie au sein même du groupe des détenus, à laquelle correspondent en grande partie les différents types de relations (d'amitié, de domination, de compagnonnage, etc.) qui les lient.

« *Située au sommet de la hiérarchie* », l'auteur identifie tout d'abord « *la figure du politique*»[891]. Instruit, il est également insoumis, voire anarchiste à l'égard de toute forme d'autorité. Lui succède le « *voyou* ». Respecté, imposant, il se différence de ses codétenus par « *l'ampleur de ses crimes* »[892]. Le « *délinquant* » quant à lui s'approprie la figure du « *voyou* », alors qu'il ne l'est pas en raison de son jeune âge, de l'infraction commise et de son inexpérience du milieu carcéral. Il déstabilise de la sorte l'image du « *voyou* », l'ancien, qui consent parfois néanmoins à le prendre sous son aile. Le « *braqueur* » en revanche appartient à la catégorie des « *voyous* ». Il se différencie toutefois de ces derniers par l'acte qu'il a commis, qualifié de « *propre et honnête* », car le braquage « *exige de l'ingéniosité et du raisonnement* »[893]. Aussi est-il perçu comme fort, courageux, voire même « *élégant* ». Plus bas dans la hiérarchie, se situe « *le proxénète* », puis le « *stup* », qui se distingue du toxicomane car il ne touche pas à la drogue. Enfin, l'image la plus dépréciée est celle du « *pointeur* », c'est-à-dire le délinquant sexuel, dont on dit qu'il s'est attaqué à des « *innocents* » et dont on dénonce la (prétendue) faible quotité de la peine[894]. Les « *pointeurs* » sont aussi perçus comme des « *malades* », des personnes « *irrécupérables* », qu'il convient absolument d'éviter[895]. A ces portraits dégagés par les détenus en regard des valeurs importées de la société civile, l'auteur ajoute ceux qui relèvent intrinsèquement des spécificités de la prison. Il s'agit en France des « *DPS* »[896] et des « *perpètes* » [897] . Figures modelées par l'appareil pénitentiaire, la première en raison de la supposée « dangerosité » de son détenteur et la seconde en raison de la longueur de la peine infligée, elles inspirent généralement le respect des codétenus et souvent une certaine appréhension, dissimulée, des intervenants.

[889] Il convient de le préciser car il en va différemment dans un établissement pour femmes. Par exemple, l'identité de *mère* prime souvent sur toute autre figure. A ce propos, voir ROSTAING (1997), pp. 273-284; LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001), p. 191.
[890] LE CAISNE (2000), p. 96.
[891] LE CAISNE (2000), p. 97.
[892] LE CAISNE (2000), p. 99.
[893] LE CAISNE (2000), p. 104.
[894] LE CAISNE (2000), p. 108.
[895] LE CAISNE (2000), p. 111.
[896] « *Détenus particulièrement signalés* ». Le « *DPS* » est fiché comme tel au registre du même nom, soit par le Ministère de l'Intérieur en raison de la nature du crime commis ou de son affiliation au grand banditisme, soit par l'administration centrale de l'administration pénitentiaire en raison de son comportement particulièrement problématique en détention ((tentative d') évasion, agression du personnel, etc.).
[897] LE CAISNE (2000), p. 117.

Bien entendu, ces projections n'existent dans leur ensemble que par et pour les détenus et la hiérarchie qui en résulte n'est pas aussi figée et manichéenne qu'elle pourrait le laisser croire[898]. Il n'en demeure pas moins qu'elles constituent autant de dialectiques qui traversent toutes les relations entre détenus et se répercutent sur celles qu'ils tissent avec les intervenants. Ces derniers ont donc appris à les décoder. Elles mobilisent en particulier leur attention dès lors que des tensions surgissent dans la population pénale ou que des mouvements de contestation se font sentir. Par exemple, un soignant nous explique en cours d'entretien qu'il a déjà essayé de sensibiliser certains membres du personnel de surveillance, autour d'une discussion informelle, au fait « *de la mise à l'écart sur le plan relationnel, sur le plan global du fonctionnement d'un détenu condamné pour délit sexuel* ». De même, un surveillant détaillant son travail au contact avec les détenus dit qu'il « *prêche parfois dans le désert avec les gros durs* ». De fait, ces figures concourent implicitement et indirectement à l'organisation et à la gestion, formelle et informelle de la vie quotidienne en prison[899].

1.8.2 Relations entre intervenants

Les recherches menées sur les relations entre les intervenants internes à l'institution carcérale, en particulier entre les surveillants et les socio-éducateurs, entre les soignants et les surveillants, ou entre les socio-éducateurs et les soignants sont rares. A notre connaissance, il n'existe pas d'études spécifiquement consacrées aux rapports entre ces différents groupes de l'ampleur de celles qui furent publiées sur les relations entre les détenus et les surveillants. Ce n'est finalement qu'au détour de ces dernières que figure(nt) une remarque ou deux sur la teneur et/ou la qualité de leurs relations. Aussi nous contenterons-nous de relever ici certaines caractéristiques récurrentes de leurs interactions *via* l'analyse des propos recueillis auprès des personnes interrogées, en particulier sous l'angle de leur(s) opportunité(s) de communiquer et de leurs besoins respectifs en informations. Les propos ci-après retranscrits restituent donc les points de vue de certains de nos interlocuteurs. Ils ne constituent en aucun cas des généralités.

D'emblée, il apparaît que les interactions entre les différents intervenants sont particulièrement modelées par l'organisation préconisée au sein de l'établissement. Par exemple, les relations avec un professionnel de la santé se nouent différemment selon qu'il existe un service médical permanent au sein de l'établissement, assumé notamment par du personnel infirmier, ou que les soins sont uniquement prodigués par des médecins vacataires, appelés à intervenir au sein de l'établissement seulement à des jours fixes et en cas d'urgence. Les relations entre intervenants diffèrent également sensiblement dès lors que la structure de l'établissement est plus ou moins lourde en raison de ses spécificités intrinsèques, telles que sa taille et son (ses) régime(s) d'exécution.

Il semble néanmoins que certaines relations soient plus difficiles à s'instaurer que d'autres. Les médecins font en quelque sorte ici figure d'*outsider*. Par un examen du discours des autres intervenants les concernant, il ressort qu'ils sont les seuls à réunir sur leur personne une quasi unanimité, comme s'il existait une sorte de clivage invisible entre le non-soignant et le soignant. Aussi ce dernier est-il irrémédiablement qualifié de « *discret* », voire même parfois « *d'homme invisible* ». Socio-éducateurs et surveillants lui reprochent de ne pas leur donner « *suffisamment d'orientations* », de « *retours* », « *d'éléments pour faire correctement [leur]*

[898] Aussi LE CAISNE (2000) parle-t-elle à plusieurs reprises de la « *malléabilité* » de cette classification.
[899] Pour des exemples concrets, cf. LHUILIER/AYMARD (1997), p. 61 et pp. 103s.

travail ». Leurs relations avec lui fonctionnent le plus souvent sur le mode informel et souvent dans le cadre de "moments volés". Un socio-éducateur nous rapporte par exemple que « *quand on se croise, je dirais que c'est là qu'on discute le plus. Ce ne sont pas vraiment des échanges sur la façon dont on travaille, c'est plutôt sur un détenu ou juste comment vous allez, mais ça reste toujours très superficiel* »[900]. Dans le même sens, un surveillant explique que « *c'est plutôt l'occasion qui fait le larron. Quand on se voit, on discute un coup, mais de tout et de rien généralement* »[901]. Il existe toutefois des lieux au sein de l'établissement qui prêtent plus à l'échange et des habitudes qui suscitent le dialogue. « *La fumée* », nous dit par exemple un soignant, « *c'est tout de même un point d'ancrage, cela oblige les gens à s'asseoir, à rouler la cigarette, à fumer la cigarette, mais surtout à discuter. Sur les cinq-dix minutes, on discute des détenus, et de ce qui pose problèmes et autre* »[902]. Au final, plusieurs soulignent que la qualité des relations relève avant tout de l'attitude de l'interlocuteur : « *en fait, c'est surtout une affaire de personnalités* »[903]; « *c'est une affaire d'hommes ou de politiques, on pourrait même dire de régions* »[904].

Le consensus qui réunit collaborateurs du service social et membres du personnel de surveillance porte aussi sur leurs représentations qu'ils ont du soignant, à savoir en particulier celle d'une barrière infranchissable et dont ils pensent qu'elle leur est relativement hostile. Ainsi, pour un surveillant, le soignant « *est vraiment difficile à aborder et de toute manière, pour lui, on est des ferme-portes* »[905]. Dans le même sens, un socio-éducateur nous dira « *c'est le veto ; j'ai toujours l'impression qu'on va me dire "occupez-vous de ce qui vous regarde ; là vous êtes dans un domaine médical, vous n'y connaissez rien, cela ne vous concerne pas, donc vous n'y mettez pas les pieds"* »[906]. Les uns comme les autres vivent dès lors plus ou moins amèrement ce qu'ils perçoivent comme une sorte de rejet, lequel traduit ce que nous pensons être un léger complexe d'infériorité vis-à-vis des soignants.

Ces derniers justement ne semblent pas porter sur leurs collègues un tel regard. Ainsi il ressort de nos entretiens, en des termes voisins, que les soignants se rendent compte, s'agissant en particulier du personnel de surveillance, de « *leurs difficultés au niveau du travail, de leur employeur, leur vécu dans l'institution* »[907]. S'ils semblent plus sereins dans l'analyse de leurs relations avec les autres intervenants, c'est selon nous en raison du fait qu'il s'avère particulièrement rare qu'ils les interpellent pour leur demander un conseil et/ou des informations sur les détenus. Ce sont le plus souvent les soignants qui se voient sollicités et il y a là une source de reconnaissance implicite et de valorisation explicite, tel que l'exprime ici l'un d'entre eux : « *c'est moi qui donne l'information ; qui est une information de fonctionnement et générale et cela se fait de manière assez directe, oralement (…) je suis plus dans une relation de guide et je donne davantage une information directive* »[908]. Les requêtes des soignants se limitent le plus souvent à un aspect fonctionnel (par exemple, ils demandent que soit accompagné un détenu à la consultation), rarement expriment-ils un besoin de savoir. Les propos recueillis auprès des socio-éducateurs et des agents de détention attestent également que ces derniers sont très rarement sollicités par le personnel soignant ; sinon par le

[900] Socio-éducateur en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[901] Surveillant en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[902] Professionnel de la santé en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[903] Surveillant et socio-éducateur, tous deux en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[904] Professionnel de la santé en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[905] Surveillant en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[906] Socio-éducateur en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[907] Professionnel de la santé en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[908] Professionnel de la santé en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.

personnel infirmier, lorsque une permanence médicale existe au sein de l'établissement. Le soignant se révèle dès lors beaucoup moins demandeur que ne le sont les autres intervenants. Par voie de conséquence, ces derniers ont beaucoup plus d'opportunités de voir leurs requêtes déçues et, implicitement, de conforter leur image du soignant à un mur auquel on se heurte.

Certaines résistances ont également été décelées entre les membres du personnel de surveillance et ceux du personnel socio-éducatif. Il est intéressant de relever que les uns comme les autres invoquent plus ou moins les mêmes raisons pour expliquer les quelques tensions qui les séparent parfois, à savoir principalement la nature de leurs rôles respectifs et l'empiètement des uns sur le travail des autres. Il s'agit donc là principalement d'un « *conflit de compétence professionnel* », dans la façon dont ils conçoivent leur mission respective[909]. Ainsi par exemple il existe un « *malentendu* »[910] certain entre le travailleur social qui s'offusque de ce que certains surveillants ne cessent de lui demander « *d'arrêter de chouchouter les détenus* »[911] et le surveillant, inversement, qui peine à admettre des socio-éducateurs « *qu'ils ne se rendent pas toujours compte à qui on à affaire* »[912].

En tout état de cause, il apparaît que les relations en termes d'échanges entre les différents membres du personnel s'effectuent le plus souvent sur une base informelle[913] et au gré des opportunités - ou des incidents - qui se présentent. Elles sont en outre étroitement liées aux caractéristiques de l'établissement et surdéterminées par la personnalité et le regard que portent les différents professionnels en place sur la peine, les détenus et leur prise en charge.

1.8.3 Relations entre intervenants et détenus

Parce qu'elles soulignent l'ascendance des contraintes institutionnelles sur les relations interpersonnelles et révèlent avec une acuité certaine les difficultés à trouver une stabilité relationnelle en détention[914], nous nous bornerons à présenter ici la situation des rapports entre les surveillants et les détenus, « *deux « partenaires » obligés que tout unit et que tout divise* »[915], et qui « *représentent l'essence même* » de la prison[916]. Il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre des remarques qui suivent sont également transposables aux relations des détenus avec d'autres intervenants[917].

Ce sont donc précisément les relations « *du couple gardiens-gardés* »[918] qui ont jusqu'à présent été le plus étudiées, notamment dans le prolongement des recherches menées à ce

[909] MBANZOULOU (2000), p. 277.
[910] MBANZOULOU (2000), p. 277.
[911] Socio-éducateur en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[912] Surveillant en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[913] Tel que le démontrent CHEVRY/PLANCHE (1997), p. 140, les rencontres informelles ne constituent pas un obstacle à la coopération. Bien au contraire, elles la favorisent. Il semble toutefois que l'organisation officieuse entre les différents secteurs d'activités ne permet pas à elle seule de résoudre les problèmes de cloisonnement et les difficultés d'échanges qui persistent dans certains établissements.
[914] Dans le même sens, cf. CHANTRAINE (2004*d*), p. 202.
[915] LHUILIER/VEIL (2000), p. 282.
[916] LEMIRE (1990), p. 59; VACHERET (2001*b*), p. 26.
[917] A noter que nous attacherons une attention toute particulière à la relation soignant/patient-détenu, dans le cadre du chapitre consacré à la médecine pénitentiaire. Cf. *infra*, partie II, pt. 3.3.3.
[918] LEMIRE (1990), p. 71.

sujet par SYKES[919] dans une prison de haute sécurité de l'Etat du New Jersey, et CORMIER[920], dans le cadre de la réalisation de son projet de communauté thérapeutique au sein d'un pénitencier de l'Etat de New York. Par l'analyse des caractéristiques des différents protocoles relationnels établis entre les détenus et les détenants, ces auteurs concluaient à l'époque que leurs rapports fonctionnaient principalement sur le mode de la réciprocité et de la négociation.

Il apparaît à ce jour que cette relation se fonde encore en grande partie sur un « *système de privilèges* »[921] et de « *dons* » et de « *contre-dons* »[922] qui représentent autant de faveurs permettant d'apaiser certaines tensions. Ainsi par exemple les surveillants gagneront en ordre et en tranquillité ce que les détenus, réciproquement, obtiendront en améliorations de leur quotidien. Ce système « *d'interdépendance mutuelle* »[923] participe à une certaine « *paix sociale* »[924], bien qu'il puisse aussi, dans un même temps, mettre en péril l'organisation. Ainsi un surveillant nous explique que « *l'on est quand même parfois obligé de resserrer. On accepte une fois et ça se redit, du coup on commence à avoir six, sept ou huit demandes pour la même chose. Donc là, il faut faire gaffe. Ce n'est pas parce qu'on a accepté une fois qu'on va l'accepter deux fois* »[925]. Certains auteurs[926] qualifient ces échanges de « *troc relationnel* », formule que les surveillants interrogés restituent par certaines expressions récurrentes, telles que « *ça ne sert à rien d'être toujours à l'affût* »[927] ou encore « *il faut faire preuve de souplesse, on ne peut pas être règlement-règlement à tout prix* »[928]. Plus concrètement, les privilèges ou faveurs se traduisent le plus souvent par une certaine « *tolérance aux manquements* »[929] ou petites largesses qui sont autant de dérogations aux prescriptions réglementaires qui régissent le quotidien carcéral[930].

Néanmoins, il est des facteurs en prison qui résistent même à la négociation. Au-delà des spécificités du milieu et du contexte de promiscuité qui pèsent sur leurs relations et entretiennent certains de leur conflits ouverts ou latents, il est un élément dont ni les détenus, ni les intervenants ne peuvent ignorer la persistance, à savoir l'absence d'un "vrai" consentement des premiers aux actes les concernant effectués par les seconds[931]. En effet, quand bien même le détenu ne peut être contraint d'y prêter son concours, les interventions relatives à sa personne s'articulent en-dehors de son accord[932]. Le détenu peut « *éventuellement être demandeur, jamais décideur* »[933]. En ce sens aussi il est définitivement placé dans un rapport de dépendance et de subordination. Aux intervenants alors de susciter dans le cadre de leurs activités respectives la participation des détenus sur une base (plus ou moins) volontaire. C'est dans ce contexte, précisément, que peut s'inscrire le concept de

---

[919] SYKES (1958).
[920] CORMIER (1975).
[921] LEMIRE (1990), pp. 68-71.
[922] Sur le « *cycle don-contre-don* », lire la fine analyse de BENGUIGUI (1997). Cf. également CHAUVENET (1998), pp. 103-106 et (2000), pp. 139s.
[923] VACHERET (2002), p. 92.
[924] LEMIRE (1990), p. 69; CHAUVENET (1996), p. 57; CHAUVENET (1998), p. 98.
[925] Surveillant en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[926] LHUILIER/AYMARD (1997), p. 152.
[927] Surveillant en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[928] Surveillant en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[929] SYR (1991), p. 81.
[930] Pour une analyse particulièrement pertinente de l'articulation de ce système d'échanges en prison, qui se heurte aussi à certaines limites, cf. CHAUVENET (1996), en particulier pp. 57-68.
[931] HOOD (1995*b*), p. 209.
[932] NOUWYNCK (2001), p. 8.
[933] LHUILIER (1998), p. 142.

« *consensualisme imparfait* »[934], lequel retranscrit cette tension ancrée au cœur du principe de l'individualisation de la sanction, à savoir la « *superposition de deux images contradictoires : le détenu comme objet administratif et comme acteur de son projet de vie* »[935].

Le concept de consensualisme imparfait renvoie à un type de contractualisation non synallagmatique[936] entre le détenu et l'administration, par lequel le premier s'engage à respecter ses "clauses" en échange de la reconnaissance éventuelle de son implication dans l'exécution de sa peine et, le cas échéant, de la prise en considération de ses efforts au moment de la prise d'une décision le concernant[937]. Il revient aux intervenants de rechercher l'adhésion du détenu à l'accomplissement des étapes qui jalonnent l'exécution de sa peine, et au détenu de décider de s'y conformer ou non, au risque dans ce dernier cas d'avoir éventuellement à assumer une détention plus rigoureuse. On peut alors avec LAMEYRE qualifier son accord de « *serf* »[938]. Dans ces conditions, nous rejoignons CASORLA lorsqu'il déclare « *qu'il vaut mieux parler, à l'image du droit des assurances, du droit des transports ou du droit de la consommation, de contrats d'adhésion ou de contrats inégalitaires plutôt que de véritable contractualisation de gré à gré (…)* »[939]. Les entreprises en milieu carcéral procédant d'une idée de consensualisme parfait se révèlent dès lors particulièrement rares[940]. En conséquence, il faut admettre que les relations détenus-détenants ne se situent définitivement pas sur un pied d'égalité. Cela ne signifie pas pour autant qu'elles se déclinent uniquement sur le registre de la conflictualité.

Au contraire, plusieurs études de sociologie carcérale[941] soulignent la complexité des liens sociaux qui s'établissent entre les détenus et les surveillants et plusieurs d'entre elles démystifient l'idée selon laquelle les deux groupes fonctionnent en deux mondes parallèles,

---

[934] La formule revient à PRADEL (1999), p. 146 qui qualifie également ce consensualisme de « *réduit* ». Sur cette tendance au consensualisme en politique criminelle et en particulier ses implications sur les modalités d'exécution de la sanction et le détenu lui-même, appelé dans ce cadre à s'impliquer et *in extenso* à se responsabiliser, cf. RODRIGUES (1999); VALLOTTON (1999); BOLLE (1999), pp. 199-201.

[935] LHUILIER (1998), p. 142.

[936] La réciprocité, la volonté et le consentement d'une des parties faisant ici défaut. CASORLA (1999), p. 176 parle de « *non contractualisation par excellence* ». Pour GARAPON/SALAS (2001), p. 164 on ne peut pas non plus « *parler d'un « contrat » avec un détenu du fait de l'inégalité des places (…) mais davantage d'**espaces de contractualisation** ouverts dans le temps de la peine* ». Aussi faut-il préférer à la notion de contractualisation celle d'« *engagement* » (p. 174).

[937] Pour un exemple d'application de consensualisme imparfait, cf. WASEK (1999). Ici, le Code pénal polonais dispose que l'administration pénitentiaire peut offrir au condamné la possibilité d'accéder à un régime de détention orienté principalement vers sa réinsertion. En cas de refus, le détenu purge sa peine en régime dit « *ordinaire* » ou « *thérapeutique* », dont les aménagements sont plus austères.

[938] LAMEYRE (2002), p. 74. L'auteur mène cette réflexion dans le cadre - français - des soins dits « *pénalement obligés* » et s'intéresse en particulier au « *suivi-socio judiciaire* » imposé à la personne condamnée. Tout en admettant que ce suivi ne répond pas à la définition juridique de la contrainte, puisque le consentement de l'intéressé est requis, il se pose la question de savoir si l'on peut « *vraiment consentir librement lorsqu'un refus de soins est synonyme d'exécution d'emprisonnement ou de maintien prolongé en détention ?* ».

[939] CASORLA (1999), p. 181. Pour PRADEL (1999), p. 146, le consensualisme dans le cadre de l'exécution de la peine consiste en « *l'acceptation pure et simple d'un bénéfice offert par les autorités pénitentiaires. Le condamné est libre d'accepter ou de refuser un statut qui est préparé à son intention. Mais il ne peut en discuter les éléments. Bref, il adhère à la manière du citoyen qui prend un billet de chemin de fer sans pouvoir discuter le prix et l'horaire* ». Nous n'admettons pas pleinement ce postulat. Nous croyons au contraire que le détenu n'est pas aussi libre qu'il en a l'air ; que la proposition bien vite peut revêtir la robe de la contrainte et que l'administration ne lui offre pas forcément un « *bénéficie* ». Il n'est toutefois pas ici le lieu d'engager ce débat.

[940] Sur la question, ici des contrats de soins, cf. DUFLON (2004).

[941] Cf. notamment MONTANDON/CRETTAZ (1981); KAUFFMAN (1988); LOMBARDO (1989); CASADAMONT (1991); CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1994); LHUILIER/AYMARD (1997); BOTTOMS (1999); VACHERET (2002).

rivaux et hostiles[942]. Une recherche en particulier transcende l'approche traditionnelle consistant à analyser cette relation en termes d'opposition, celle de ROSTAING[943]. Celle-ci dégage trois autres « *types d'interactions* » aux côtés de la relation classique dite « *conflictuelle* », à savoir : la relation « *normée* », la relation « *négociée* » et la relation « *personnalisée* ». Préalablement, elle extrait deux figures de rapport à l'incarcération qu'elle observe chez les détenues : l'une de « *refus*» et l'autre de « *participation*» ainsi que deux attitudes des surveillantes déterminant leur rapport à leur profession, l'une « *statutaire*» et l'autre « *missionnaire* ». La typologie qui en résulte est particulièrement stimulante : la relation conflictuelle voit la détenue inscrite dans une logique de refus s'opposer à la surveillante inscrite dans une logique statutaire. La relation normée, « *la plus stéréotypée, [car] conforme aux attentes institutionnelles* », se noue entre la détenue adoptant un comportement participatif et la surveillante privilégiant une attitude statutaire. La relation négociée renvoie quant à elle à une « *tractation permanente sur les statuts de chacun* ». Elle inscrit la détenue plus dans une logique de refus et la surveillante plus dans une logique missionnaire. Enfin, la relation personnalisée atteste d'une « *reconnaissance mutuelle* ». Elle découle de la réunion d'une logique de participation chez la détenue et d'une logique missionnaire adoptée par la surveillante.

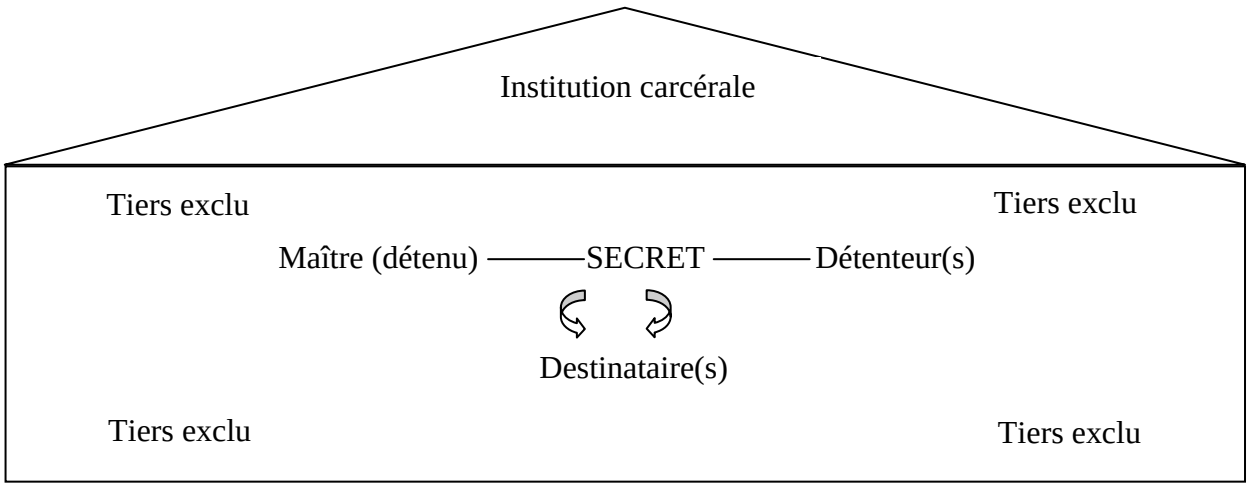
Par cette démarche, l'auteur parvient à souligner la richesse protéiforme des rapports détenues-détenantes et la place que ces relations occupent dans la recherche d'un équilibre interpersonnel en détention. Elle balaye dans un même temps certains indicateurs, peu constructifs, selon lesquels seuls des échanges sclérosés caractérisent les interactions entre ces deux groupes. Bien au contraire, sa démonstration nous conforte dans l'idée qu'il y a lieu ici d'appliquer le principe des vases communicants : en assurant une véritable reconnaissance au travail effectué par le principal interlocuteur de la population pénale, le surveillant, on attache, corrélativement, une importance particulière au respect des détenus[944] et à la qualité de l'ensemble des relations interpersonnelles "incarcérées"[945].

[942] CHAUVENET (1996), p. 47 parle « *d'homogénéité « réactionnaire » supposée* ».
[943] ROSTAING (1997), en particulier pp. 206-243 et (1998), p. 127. Si son analyse découle d'une recherche de terrain menée dans plusieurs établissements pour femmes, ses conclusions valent à notre sens également pour les relations nouées dans un contexte correctionnel masculin.
[944] Dans le même sens, cf. GUILLONNEAU/KENSEY (1998), p. 180; SNACKEN (1999), pp. 76s; GARAPON/SALAS (2001), p. 179; DE CONINCK (2001), p. 323.
[945] En ce sens également, cf. BERNHEIM J. (1979), p. 73; KROMMENACKER (1992), p. 146. Il en va de même de la reconnaissance des droits des détenus, tel que le souligne notamment TULKENS F. (2003), p. 65 : en reconnaissant un statut de sujet de droits au détenu et en améliorant de ce fait ses conditions de vie en détention, on assure corrélativement les droits des membres du personnel et on améliore leurs conditions de travail en milieu carcéral.

2 SECRETS EN EXECUTION DE PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE

2.1 Introduction

Un certain nombre de secrets traversent l'institution carcérale. Tous les acteurs du monde pénitentiaire se trouvent dès lors tour à tour maître, détenteur, destinataire ou tiers exclu d'un secret. Par exemple, le détenu tient à garder secrète une part de son intimité, le surveillant est tenu de ne pas divulguer le nom des détenus qu'il encadre, l'assistant social se doit de demeurer discret sur les informations récoltées auprès des personnes incarcérées, tandis que le médecin et l'aumônier sont liés par le secret de leur profession respective. La figure ci-après permet de schématiser ce propos.



Dans ce chapitre, nous nous proposons précisément d'examiner ces différentes obligations de confidentialité. Nous analyserons plus spécifiquement le secret de fonction et le secret médical, puisque tous deux régissent la confidentialité des informations recueillies par les différents intervenants impliqués, à un titre ou à un autre, dans la prise en charge psycho-médico-sociale des détenus. Nous prêterons également une attention particulière à la protection des données personnelles, dès lors qu'elles sont consignées par écrit dans les dossiers des professionnels concernés.

2.2 Le secret de fonction "incarcéré"

2.2.1 Délimitations

2.2.1.1 Du cadre juridique

Le secret de fonction est régi par des dispositions fédérales et cantonales. Il peut être libellé tant en termes généraux, à l'attention de tous les agents publics, que de façon plus particulière, lorsque sont visées certaines catégories d'agents spécifiques. Nous ne traiterons pas dans ce chapitre de l'obligation de garder le secret du fonctionnaire fédéral, puisque l'exécution des peines demeure l'affaire des cantons, et par conséquent de leurs propres agents. Les agents publics cantonaux ne ressortissent donc pas au champ d'application des articles 22 de la Loi sur le personnel de la Confédération (LPers)[946] et 94 de son Ordonnance d'application[947]. Ils sont en revanche tenus au secret de fonction tel qu'il est prévu par l'article 320 du Code pénal et par les législations cantonales relatives notamment au statut de la fonction publique. L'agent de l'Etat qui viole son secret de fonction est dès lors passible d'une sanction pénale et de sanctions administratives prévues dans les législations cantonales.

Une remarque encore pour préciser que nous renonçons à étudier la violation du secret de fonction sous l'angle du droit civil, puisque telle n'est pas l'orientation donnée à notre étude. Nous retiendrons simplement que l'article 28 CC assure la protection de la personnalité en général et confère à la victime d'une atteinte illicite à sa personnalité un droit d'agir en justice à l'encontre de l'auteur. A titre d'exemple, un détenu peut se prévaloir de cette disposition à l'encontre d'un membre du personnel de l'établissement dont l'indiscrétion constituerait une atteinte illicite à sa vie privée.

2.2.1.2 Des intervenants en milieu carcéral concernés

En raison du fait qu'elles exécutent des tâches relevant de la puissance publique, toutes les personnes exerçant leur fonction ou leur profession au sein d'un établissement d'exécution de peine sont astreintes au secret de fonction. Sont en particulier tenus de garder confidentiel tout fait dont ils ont eu connaissance en vertu de leur qualité d'agent public et/ou dans le cadre de l'accomplissement de leur fonction ou de leur profession exercée au service de l'administration pénitentiaire : le personnel de surveillance, les collaborateurs du service socio-éducatif et l'ensemble du personnel soignant de l'établissement.

[946] Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers; RS 172.220.1).
[947] Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 (OPers; RS 172.220.111.3).

2.2.2 Le secret de fonction sous l'angle du droit pénal fédéral

L'article 320 CP a le teneur suivante :

« *Violation du secret de fonction*

1. Celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.
La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure ».

2.2.2.1 Portée personnelle

Toutes les infractions déclinées au titre dix-huitième du Code pénal constituent une violation du devoir de fonction pour lequel « *la qualité de fonctionnaire de l'auteur est constitutive du délit* »[948], voire cas échéant d'aggravation de la peine. L'infraction érigée à l'article 320 CP est dès lors un délit spécial propre (*ein echtes Sonderdelikt*[949]) en ce sens que seule la personne qui revêt la qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire peut la commettre. Il n'y a pas lieu de distinguer ces deux qualités, sinon que « *werden unter „Behörden" in aller Regel eher die gewählten Organe eines Gemeinwesens verstanden, während des Begriff des „Beamten" in aller Regel auf Einzelpersonen Anwendung findet, die in einem dienst- oder arbeitsrechtlichen Abhängigkeitsverhältnis zum Gemeinwesen stehen* »[950].

Le Code pénal ne définit pas la notion d'autorité. Selon plusieurs auteurs[951], elle se rapporte aux autorités nanties de compétences exécutives, législatives ou judiciaires[952]. En ce qui concerne la notion de fonctionnaire, il convient de retenir la définition qu'en donne l'article 110 ch. 4 CP[953]. Entendue ainsi au sens large[954], elle réunit les employés publics et les fonctionnaires fédéraux, cantonaux et communaux de toutes catégories[955], qu'ils aient été engagés à temps plein ou partiel, à titre provisoire ou définitivement[956], temporairement ou non[957]. Que leur statut relève du droit privé ou du droit public[958] importe peu, de même qu'ils

---

[948] MAYE (1965), p. 261.
[949] OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2050, n°5; TAG (2004), p. 4; DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 467, par. 111.
[950] OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 1199, n°8. Dans le même sens, REAL (1972), p. 151 convient que les « *Behördemitglieder üben wie Beamte öffentliche Funktionen aus, stehen aber nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Gemeinwesen* ».
[951] REAL (1972), p. 151; REINHARDT (1990), p. 537; MEYER JEAN (1992), p. 5; CORBOZ (2002), p. 417, n°2; p. 587, n°1 et p. 622, n°7. Cf. également SIEBER (1962), en particulier pp. 259-262.
[952] Sur le principe de collégialité auquel est lié le secret de fonction des membres d'une autorité, voir BJP 2/2003, n°372, p. 62.
[953] ATF 123 IV 75, 76. Sur cette définition légale, lire SIEBER (1962), pp. 86ss. Sur la notion de fonctionnaire, voir OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), pp. 1199s, en particulier n°10ss.
[954] SIEBER (1966), p. 79.
[955] BUSER (1985), p. 53.
[956] SIEBER (1962), pp. 196-200; TRECHSEL (1997), p. 407, n°11.
[957] SIEBER (1962), pp. 202-217. Cf. également les ATF 70 IV 213, 218 et 71 IV 139, 144s.
[958] OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2050, n°5; ATF 76 IV 150, 151 et 121 IV 216, 220.

soient assermentés ou non[959]. Seul compte le fait qu'ils sont *« au service d'une administration publique ou de la justice »*[960] et dès lors subordonnés à cette autorité[961]. Entrent ainsi dans la définition légale de fonctionnaire, le médecin d'une clinique publique[962], le stagiaire d'un service public, le membre d'une commission consultative officielle[963], par exemple une commission de libération conditionnelle ou d'évaluation de la « dangerosité » des condamnés[964] et plus précisément s'agissant de notre problématique, l'ensemble des collaborateurs d'un établissement pénitentiaire, tels que les surveillants, le personnel socio-éducatif et médical et les ministres du culte[965].

Il convient de souligner que le secret doit avoir été appris dans l'exercice de la charge officielle de son « *sujet* »[966]. Plus précisément, il s'agit d'examiner *in casu* et *in concreto*[967] si les faits parvenus à la connaissance de l'agent public l'ont été en raison de son activité officielle et/ou en vertu de sa qualité[968]. Le secret de fonction ne saurait être retenu en-dehors de ces cas de figure. Le fait appris par le fonctionnaire « *en qualité de simple particulier* » ne tombe donc pas sous le coup de l'article 320 CP[969]. Peu importe également l'origine - interne ou externe à l'entité publique - de l'information confidentielle[970], pour autant que l'agent de l'Etat l'ait appris « *à raison de sa charge* »[971].

Même si cela va de soi, rappelons enfin que le secret de fonction n'est pas opposable au supérieur hiérarchique direct. Ainsi par exemple, l'agent de détention affecté à la surveillance des visites ne peut refuser de communiquer les informations les concernant qui sont nécessaires à son supérieur, sous prétexte qu'il est tenu au secret[972].

---

[959] MEYER JEAN (1992), p. 5.
[960] CORBOZ (2002), p. 622, n°8.
[961] SIEBER (1966), p. 82; STRATENWERTH (2000), par. 57, n°6; JOMINI (2002), p. 44. Les membres de certaines autorités, par exemple une commission d'experts, ne sont en revanche pas toujours dans un rapport de subordination, puisqu'ils peuvent exercer leur fonction de manière indépendante, c'est-à-dire sans avoir à en référer à une quelconque hiérarchie. Voir à ce propos et sur les différents types de commissions, KNAPP (1991), pp. 566s, dont les remarques sur les commissions fédérales s'appliquent *mutatis mutandis* aux commissions cantonales.
[962] ATF 118 II 254, 257.
[963] ATF 111 IV 37, 39; JAAC 42 1978 IV 501.
[964] Ainsi par exemple la *Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychiatrique* dans le canton de Vaud. Cf. Art. 7 al. 3 du Règlement sur la commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychiatrique du 15 juin 1994 (RSVD 340.01.2).
[965] Notons que l'article 311 CP, érigeant en infraction la mutinerie de détenus, utilise précisément le terme « *fonctionnaire* » pour désigner le personnel de l'établissement.
[966] Pour reprendre la terminologie du droit administratif : cf. TANQUEREL (2002), p. 44.
[967] ATF 115 IV 233, 236s.
[968] Plusieurs auteurs parlent d'un lien de causalité ou « *Kausalzusammenhang* », entre la connaissance du fait et l'activité officielle. Cf. notamment GROSSMANN (1946), p. 29; SCHULTZ, (1979), p. 370; TRECHSEL (1997), p. 1007, n°7; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2051, n°8 et DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 470, par 111. Voir également ATF 115 IV 233, 236s.
[969] LOGOZ (1956), p. 773, n°2.
[970] REINHARDT (1990), p. 536.
[971] JT 1991 IV 5, 15.
[972] HURTADO POZO (1983), p. 85.

2.2.2.2 Portée matérielle

Le secret de fonction s'étend à tous les faits dont l'agent public a eu connaissance dans l'exercice de sa fonction et qui doivent rester confidentiels en raison d'un intérêt public ou privé digne de protection[973]. Toutes les informations connues d'un agent de l'Etat en raison de son emploi ou de sa qualité ne tombent donc pas nécessairement sous le coup de l'article 320 CP. Encore faut-il qu'elles soient définies comme étant secrètes. La notion de secret ici retenue est matérielle[974]. Cela signifie que le fait doit être « *véritablement confidentiel* »[975]. Il est qualifié comme tel lorsque, accessible à ou connu d'un cercle limité de personnes[976], des intérêts légitiment qu'il soit maintenu confidentiel[977]. Que les faits se révèlent inexacts, voire faux, importe peu[978]. Ils doivent en revanche être connus d'un cercle déterminé de personnes seulement, et un intérêt digne de protection doit justifier qu'ils le restent[979]. Il peut s'agir d'un intérêt public ou privé, pour autant que celui qui s'en prévaut manifeste, expressément ou tacitement, sa volonté au maintien du secret[980]. Le secret est dès lors opposable à tout tiers, à l'exception « *des personnes qui y ont accès selon la marche normale du service public concerné* »[981]. En d'autres termes, le secret de fonction peut être partagé entre les fonctionnaires ou entre les membres d'une même autorité, dans le cadre circonscrit d'un service donné et des activités le concernant, afin qu'ils soient en mesure d'accomplir leurs tâches de manière efficace[982].

Se pose la question de savoir si l'article 320 CP restitue *stricto sensu* une obligation de garder le secret ou se borne à en sanctionner sa violation, l'obligation de confidentialité puisant alors « *sa source dans un autre fondement juridique* »[983]. La doctrine dominante se rallie à la seconde hypothèse. L'obligation de garder le secret découle du droit applicable à l'autorité en question[984]. L'article 320 CP ne fixe en effet aucun critère notamment quant à l'autorisation délivrée par l'autorité supérieure pour délier l'agent public de son secret[985]. Le législateur fédéral ou cantonal peut en outre « *étendre le secret de fonction au-delà de la sphère protégée par l'article 320 CP* »[986]. Il appartient dès lors à « *la collectivité concernée de déterminer si et dans quelle mesure elle entend imposer à ses fonctionnaires et autorités la confidentialité sur les affaires de service* »[987]. En l'absence de disposition légale, réglementaire ou

---

[973] ATF 120 Ia 220, 224.
[974] STUDER (1999), pp. 349s; DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 468, par. 111. A l'inverse, nous répétons que le secret compris à l'art. 293 CP, par exemple, est de nature formelle. Cf. les ATF 107 IV 185, 187ss ; 114 IV 34, 36 et 126 IV 236, 242. Voir également RSJ 83(1987), Nr. 48, p. 343 ; RSJ 84(1988), Nr. 143, p. 142 ; BJP 1/1988, n°334, p. 10 ; BJP 2/2003, n° 372, p. 62.
[975] STRATENWERTH (2000), par. 59, n°5; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2051, n°7; FAVRE/PELLET/STOUDMANN (2004), ad art. 320, p. 679.
[976] ATF 116 IV 56, 65; TRECHSEL (1997), p. 1005, n°3. Sur cette notion, voir aussi COMTESSE (1942), p. 260.
[977] CORBOZ (2002), p. 622, n°11.
[978] ATF 116 IV 56, 65; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2051, n°7.
[979] CORBOZ (2002), p. 623, n°14.
[980] REAL (1972), p. 146; CORBOZ (2002), p. 623, n°15.
[981] CORBOZ (2002), p. 625, n°21; ATF 114 IV 44, 46.
[982] SCHULTZ, (1979), pp. 371s estime qu'en ces cas, l'article 32 CP fait foi. A ce propos et en particulier sur la question de la communication d'informations sous l'angle de l'entraide administrative, lire TANQUEREL (2002), pp. 61s.
[983] TANQUEREL (2002), p. 45; GEISER (2003), p. 386.
[984] MEYER JEAN (1992), p. 3. Cf. par exemple l'ATF 121 IV 311, 315 s'agissant de l'obligation de témoigner.
[985] RÖTHLISBERGER (1982), p. 328.
[986] MEYER JEAN (1992), p. 12.
[987] TANQUEREL (2002), p. 45 et référence citée.

d'instructions y relatives, le secret constitue la règle. CORBOZ distingue néanmoins à cet égard la situation d'un pouvoir de l'Etat tenu au silence de celle du particulier astreint au secret. Selon lui, les trois pouvoirs de l'Etat doivent être en mesure de renseigner la population sur ce qui convient de l'être si un scandale, par exemple, éclate. L'intérêt public motive dans le cas d'espèce la décision de communiquer ou non l'information en question. Le fonctionnaire en revanche ne peut en principe émettre de son propre chef les déclarations qu'il estime nécessaires. Le principe veut en effet qu'il respecte son secret de manière absolue.

La question du contour matériel du secret de fonction a fait l'objet d'une attention particulière dans le cadre des récents travaux consacrés à l'élaboration d'une loi fédérale sur la transparence de l'administration. Le secret de fonction sous-tend en effet le principe selon lequel l'activité des pouvoirs publics doit demeurer secrète, sauf exceptions[988]. La nouvelle loi, au contraire, renverse le principe du secret, qui devient l'exception, et érige en règle la transparence, octroyant de la sorte aux particuliers un droit subjectif à l'information[989]. Secret de fonction et principe de transparence de l'administration sont par conséquent, quoique distincts, intimement liés. Or, au cas où l'on aurait concédé à l'article 320 CP une portée directe d'obligation de secret, deux problèmes majeurs se seraient posés. Le premier aurait précisément concerné la nouvelle loi sur la transparence, laquelle aurait dû alors « *comporter soit une modification de l'article 320 CP, soit au moins entraîner une réinterprétation de cette norme selon le principe lex posterior derogat priori* »[990], hypothèse exclue dans le Message du Conseil fédéral[991]. Le deuxième aurait entraîné une restriction de la marge de manœuvre des cantons, puisque dans ce cas de figure ils auraient été dans l'impossibilité de légiférer sur la transparence de leur administration ; issue inadmissible du point de vue des règles constitutionnelles édictées en matière de répartition des compétences[992]. Il est en conséquence démontré que l'article 320 CP n'institue pas une obligation de garder le secret *sui generis*, mais que sa portée relève du droit de la fonction publique. Nous verrons ultérieurement quelles sont les dispositions - cantonales, en particulier - sur lesquelles il repose. Nous analyserons également dans ce cadre quels sont les effets de l'introduction du principe de transparence sur le secret de fonction, tel qu'il est conçu et protégé au niveau cantonal[993].

S'agissant plus spécifiquement de notre problématique, l'étendue matérielle du secret peut notamment porter sur le fonctionnement et l'organisation de l'établissement pénitentiaire, de même que sur certains procédés internes particuliers et mesures sécuritaires spécifiques à l'institution, telle que la fouille des cellules[994]. L'obligation de secret s'étend également à la vie privée des détenus et à la vie professionnelle des différents intervenants[995].

---

[988] ATF 107 Ia 304, 308. Cf. également DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Pour une administration publique plus transparente. Projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration et rapport explicatif*, Berne, avril 2000, p. 7 et CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (LTrans, loi sur la transparence)* du 12 février 2003 ; FF 2003 1807, 1809.

[989] Pour un historique du principe du secret de l'administration et de la jurisprudence y relative, cf. FLÜCKIGER (2002) pp. 132s.

[990] TANQUEREL (2002), p. 46.

[991] FF 2003 1809, 1821.

[992] TANQUEREL (2002), p. 46.

[993] Cf. *infra*, partie II, pt. 2.2.3.1.

[994] En tant que le détenu ne maîtrise ni l'ouverture, ni la fermeture des portes de sa cellule, ce local ne peut être considéré comme son domicile au sens de l'art. 23 CC. En outre, aux termes de l'art. 26 CC, le placement dans un établissement de détention ne constitue pas le domicile. Comme le souligne RABILLER (2002), pp. 81s, la CEDH ne protège que les lieux où la personne mène « *sa vie privée à titre exclusif* ». La cellule d'un détenu ne répond donc pas non plus à cette définition, car elle est placée sous surveillance et peut être inspectée en

2.2.2.3 Intérêts protégés

Pour l'agent public, il s'avère souvent difficile de distinguer quels sont les faits dont la nature et/ou les circonstances[996] présupposent qu'ils tombent sous le sceau du secret. Une façon de le déterminer consiste à analyser les intérêts protégés par l'article 320 CP, à savoir ceux de l'Etat et ceux des particuliers[997].

Schématiquement, l'article 320 poursuit deux buts. Le premier consiste à garantir le fonctionnement cohérent des entités étatiques, en lesquelles les administrés doivent pouvoir avoir confiance. Il importe en effet que la collectivité publique puisse travailler dans la sérénité, gage d'efficacité, sans avoir à justifier ses décisions à tout (mauvais) moment ni à craindre que ses administrés ne dévoient ses actions[998]. Le second tient à la préservation de la sphère privée des personnes dont les données ont été confiées aux autorités[999]. S'il est essentiel pour ces dernières d'obtenir des informations véridiques, il doit en contrepartie être garanti aux administrés que celles les concernant sont maintenues confidentielles afin de protéger leurs intérêts légitimes[1000]. Aussi est-il reconnu la qualité de lésé à l'individu dont les intérêts sont touchés par la violation du secret de fonction[1001]. Le droit de consentir à la révélation d'un secret de fonction portant sur ses intérêts privés ne lui est toutefois dans la règle pas octroyé. En cela (aussi), l'article 320 CP diffère de l'article 321 CP. Seule l'autorité hiérarchique supérieure est en effet compétente pour autoriser la levée du secret de fonction.

Cette procédure de levée du secret laisse raisonnablement penser qu'en cas de conflits entre des intérêts publics et privés prépondérants, l'intérêt public à la sauvegarde du secret de fonction prime sur l'intérêt privé à sa révélation ou, inversement, que l'intérêt public à la divulgation du secret prime sur l'intérêt privé à sa préservation. Certains auteurs concluent dès lors que l'intérêt privé fait l'objet à l'article 320 CP d'une protection indirecte[1002]. C'est d'ailleurs précisément sur ces considérations que s'est longtemps fondée la conception selon laquelle l'activité de l'administration doit dans la règle être tenue secrète[1003]. Dans les faits néanmoins, la séparation entre l'intérêt public et l'intérêt privé n'est pas appréhendée de façon aussi dyadique. Au contraire, il est fréquent qu'intérêts public et privé s'imbriquent,

---

l'absence du détenu qui l'occupe. Aussi, même lorsqu'elle est occupée par un seul détenu et qu'elle est son lieu d'intimité privilégié, la cellule ne répond pas à la définition légale du domicile.

[995] TURIAN (1970), p. 198.

[996] Nous sommes d'avis avec GRISEL, cité par PERRIN R. (1947), p. 23, raisonnant sur la base de l'article 27 de l'ancienne Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires, que « *ce n'est pas « sa nature », mais plutôt « les circonstances » qui rendent une affaire confidentielle* ». Dans le même sens, cf. BUSER (1985), p. 57.

[997] BUSER (1985), p. 51.

[998] FAVRE/PELLET/STOUDMANN (2004), ad. art. 320, p. 679.

[999] TRECHSEL (1997), p. 1005, n°1; CORBOZ (2002), p. 621, n°3; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2050, n°3s. Cf. également GROSSMANN (1946), notamment pp. 20s; REICHLIN (1952), p. 482 et SCHULTZ (1979), p. 369. Pour un examen des intérêts protégés plus détaillé et illustré d'exemples, lire SPILLMANN (1984), pp. 29ss.

[1000] PERRIN R. (1947), p. 26.

[1001] ATF 120 Ia 220, 224

[1002] Cf. par exemple REINHARDT (1990), p. 539.

[1003] ATF 107 Ia 304, 308. Nous verrons ultérieurement que la tendance se renverse néanmoins, tel qu'en attestent certaines lois cantonales. Cf. par exemple la Loi genevoise sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001 (RSG A 2 08) et l'art. 69 de la Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud du 12 novembre 2001 (RSVD 172.31) qui sont calquées sur le projet de Loi fédérale sur la transparence de l'administration, laquelle vise précisément à « *promouvoir la transparence de l'administration en garantissant à toute personne le droit d'accéder aux documents des autorités fédérales* ». Cf. FF 2003 1807, 1808.

notamment lorsque l'intérêt public avancé poursuit concurremment la préservation d'un intérêt privé[1004].

2.2.2.4 Portée temporelle

Le secret de fonction subsiste après la fin de la charge officielle de son détenteur. Il s'éteint en revanche à son décès[1005].

2.2.2.5 Révélation non-punissable

Il est des cas dans lesquels la révélation du secret de fonction n'est pas punissable, soit en vertu de l'article 320 ch. 2 CP, soit en vertu d'un fait justificatif général - prévu aux articles 32 à 34 CP - ou extralégal.

2.2.2.5.1 Fait justificatif spécial

L'article 320 ch. 2 CP dispose expressément d'une voie de levée du secret de fonction.

2.2.2.5.1.1 Autorisation de l'autorité supérieure

Dans les cas où le détenteur du secret estime qu'il doit le révéler, il lui incombe de saisir l'autorité hiérarchique supérieure, sans égard au fait qu'il ait ou non cessé son activité[1006]. Elle seule peut par écrit délier le fonctionnaire ou le membre d'une autorité de son secret de fonction[1007], limitant si nécessaire son autorisation à certains faits et à un cercle restreint de personnes uniquement[1008]. L'autorité compétente et les critères sur lesquels elle fonde sa décision relèvent du droit qui la régit[1009]. Il s'agit généralement du chef du département dont relève l'agent public. Seul le détenteur du secret est en principe habilité à demander cette autorisation[1010]. La requête peut néanmoins être déposée par un service ou un office agissant dans l'intérêt public[1011]. Dans tous les cas, l'autorité compétente procède à une pesée des intérêts en présence. Si elle conclut à la levée, le détenteur du secret *devra* alors le révéler[1012].

Notons enfin que la terminologie adoptée à l'article 320 ch. 2 CP se révèle malencontreuse. La doctrine majoritaire substitue dès lors au terme « consentement »[1013] celui d'« autorisation ». La notion de consentement est en effet retenue à mauvais escient en l'espèce puisqu'il ne peut émaner que de la personne physique directement concernée par les

[1004] BUSER (1985), p. 57.
[1005] ATF 123 IV 75, 77.
[1006] ATF 123 IV 75, 77.
[1007] OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2052, n°13.
[1008] LOGOZ (1956), p. 776, n°9.
[1009] REINHARDT (1990), p. 55; CORBOZ (2002), p. 627, n°28; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2052, n°14.
[1010] ATF 123 IV 75, 77.
[1011] SCHULTZ (1979), p. 376; CORBOZ (2002), p. 627, n°28.
[1012] GUILLOD/GIAUQUE (1999), p. 54.
[1013] « *Einwilligung* » dans la version allemande, respectivement « *consenso* » dans la version italienne.

faits scellés par le secret. Une entité publique ne verse en effet pas son consentement, mais donne son autorisation. Celle-ci on l'a vu peut être générale ou partielle uniquement.

2.2.2.5.1.1.1 Obligation de témoigner en justice

L'autorisation de l'autorité intervient le plus souvent dans le cadre du témoignage en justice. Le membre d'une autorité et le fonctionnaire - fédéral, cantonal ou communal - ne peuvent en principe être entendus en tant que partie ou témoin dans le cadre d'un procès civil ou pénal, que sous réserve du « *consentement* » écrit de l'autorité supérieure. Cette autorisation est le résultat d'une pesée des intérêts en présence, à savoir, d'une part celui du service public concerné au maintien du secret et, d'autre part, celui de la justice à établir la vérité. Elle doit par conséquent être octroyée en toute connaissance de cause, en particulier quant aux circonstances entourant la révélation et son destinataire. L'autorisation est refusée uniquement si un intérêt privé et/ou public prépondérant prime *in casu* sur l'intérêt de la justice à la révélation[1014].

S'agissant de la procédure civile, en droit positif[1015] et comme le maintient l'avant-projet de Loi fédérale de procédure civile[1016], le droit de la Confédération, respectivement celui des cantons[1017] détermine les conditions de la levée du secret de fonction permettant à l'agent public de collaborer avec la justice. Si le fonctionnaire est délié de son secret de fonction, il se voit dans l'obligation de témoigner.

En procédure pénale fédérale, l'article 78 de la Loi fédérale sur la procédure pénale[1018] dispose qu'« *aucun fonctionnaire ne peut, sans le consentement de l'autorité supérieure, être entendu comme témoin sur un secret qu'il détient en vertu de sa charge ni astreint à produire des documents officiels. Au surplus, les dispositions du droit administratif fédéral et cantonal sont applicables à cet égard* ». A l'échelon cantonal et dans l'attente d'une procédure pénale unifiée, les agents publics cantonaux doivent se référer au code de procédure pénale de leur canton[1019].

[1014] Cf. par exemple BJP 1/1981, n°39, p. 25, s'agissant des intérêts de l'Etat à la poursuite pénale.

[1015] Cf. art. 42 ch. 3 de la Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (LPC ; RS 273). Il en va de même en procédure administrative en vertu de l'art. 16 de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (LPA ; RS 172.021), qui renvoie à la disposition de la LPC précitée.

[1016] COMMISSION D'EXPERTS, *Avant-projet de Procédure civile suisse* (AP-PCS), juin 2003 (art. 157 al. 3) et *Rapport accompagnant l'avant-projet de Loi fédérale sur la procédure civile suisse*, juin 2003, p. 82.

[1017] Cf. notamment pour le canton de *Fribourg*, l'art. 214 al. 3 du Code de procédure civile du 28 avril 1953 (RSF 270.1) ; pour le canton de *Genève*, l'art. 227 al. 2 de la Loi de procédure civile du 10 avril 1987 (RSG E 3 05) ; pour le canton du *Jura*, l'art. 244 al. 1er du Code de procédure civile de la République et canton du Jura du 9 novembre 1978 (RSJU 271.1) ; pour le canton de *Neuchâtel*, l'art. 236 al. 3 du Code de procédure civile du 30 septembre 1991 (RSN 251.1) ; pour le canton du *Tessin*, l'art. 230 lit. f du Codice di procedura civile du 17 février 1971 (RST 3.3.2.1) ; pour le canton du *Valais*, l'art. 186 lit. b du Code de procédure civile du 24 mars 1998 (RSVS 270.1) ; pour le canton de *Vaud*, l'art. 198 al. 1er et 3 et l'art. 199 du Code de procédure civile du 14 décembre 1966 (RSVD 270.11).

[1018] Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (LPP ; RS 312. 0).

[1019] Voir notamment pour le canton de *Fribourg*, l'art. 79 al. 1er du Code de procédure pénale du 14 novembre 1996 (RSF 32.1) ; pour le canton de *Genève*, l'art. 46 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 (RSG E 4 20) ; pour le canton du *Jura*, l'art. 160 ch. 4 du Code de procédure pénale de la République et canton du Jura du 13 décembre 1990 (RSJU 321.1) ; pour le canton de *Neuchâtel*, l'art. 147 ch. 2 du Code de procédure pénale du 19 avril 1945 (RSN 322.0) ; pour le canton du *Tessin*, l'art. 123 du Codice di procedura penale du 19 décembre 1994 (RST 3.3.3.1) ; pour le canton du *Valais*, l'art. 87 du Code de procédure pénale du 22 février

S'agissant de l'avant-projet du Code de procédure pénale suisse[1020], l'article 177 al. 2 prévoit que les fonctionnaires et membres des autorités « *doivent témoigner s'ils sont soumis à un devoir de dénonciation ou s'ils y sont habilités par écrit par leur autorité supérieure* ». En clair, pour tous les faits qui tombent sous le coup de son devoir de dénoncer[1021], l'agent public n'aura pas à être délié par sa hiérarchie. Pour tous les faits qui échappent à cette obligation en revanche, il devra impérativement obtenir l'autorisation de cette dernière, laquelle, si elle le délie de son secret de fonction, lui imposera de déposer en justice[1022]. Aux termes de l'article 177 al. 3, l'autorité hiérarchique supérieure « *doit délier ses fonctionnaires du secret et ne peut refuser de le faire [si] l'intérêt à la découverte de la vérité* »[1023] prime sur celui ou ceux au maintien du secret.

En procédure administrative, ce sont en général les lois cantonales qui règlent la situation de l'agent public appelé à témoigner[1024].

Enfin, un fonctionnaire ne peut déposer devant la justice pénale militaire qu'avec l'autorisation de l'autorité supérieure[1025].

La question se pose de savoir si l'autorité a ou non l'obligation d'entendre le(s) particulier(s) dont les intérêts sont en jeu et si elle peut ou non lever le secret qui le(s) protège sans son (leur) consentement[1026]. Si l'intérêt public prime sur l'intérêt privé au maintien du secret, le consentement n'a pas à être requis ; seul compte en effet l'intérêt public à la révélation. En revanche, si seul est en jeu un intérêt privé, nous sommes d'avis avec plusieurs auteurs que le consentement de l'intéressé devrait suffire à légitimer la révélation[1027].

2.2.2.5.2 Faits justificatifs généraux

2.2.2.5.2.1 Acte ordonné ou permis par la loi et devoir de fonction

Aux termes de l'article 32 CP, l'acte ordonné par la loi, ainsi que l'acte permis ou autorisé par la loi, ne constituent pas une infraction. En principe, seule une loi formelle peut autoriser la

---

1962 (RSVS 312.0) et pour le canton de *Vaud*, l'art. 196 du Code de procédure pénale du 12 septembre 1967 (RSVD 312.01).

[1020] OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse* (AP-PPS), Berne, juin 2001.

[1021] Cf. art. 330 AP-PPS.

[1022] OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse*, Berne, juin 2001, p. 130.

[1023] OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse*, Berne, juin 2001, p. 131.

[1024] Par exemple, pour le canton de *Fribourg*, l'art. 55 al. 2 du Code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (RSF 150.1) ; pour le canton de *Genève*, l'art. 32 al. 1er de la Loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (RSG E 510) et pour le canton du *Jura*, l'art. 64 de la Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle du 30 novembre 1978 (RSJU 175).

[1025] Art. 77 al. 2 de la Loi fédérale sur la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM ; RS 322.1).

[1026] LOGOZ (1956), p. 776, n°9; CORBOZ (2002), p. 627, n°29.

[1027] TRECHSEL (1997), pp. 1005s, n°5; STRATENWERTH (2000), par. 59, n°10; CORBOZ (2002), p. 631, n°47; FLACHSMANN in DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER (2004), ad art. 320, p. 499. *Contra* : MEYER JEAN (1992), p. 8

commission d'une infraction[1028]. Une loi au sens matériel peut néanmoins suffire, pour autant « *qu'elle repose sur une norme de délégation suffisante* »[1029]. En outre, « *les dispositions légales édictées par les cantons dans les limites de leur compétence* » sont également comprises dans la notion de « loi »[1030].

La communication de faits secrets peut dès lors être justifiée par une disposition légale. Tel est le cas des articles 358bis et 358ter CP, de l'article 15*a* al. 6 LStup, de l'article 104 al. 1er LCR ou encore de l'article 6 al. 2 LAVI. Ces dispositions prévoient toutes expressément l'obligation ou la possibilité de révéler un fait qui tombe précisément sous le sceau du secret de fonction.

Par ailleurs, celui qui a eu des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir peut se prévaloir du devoir de fonction, dont l'étendue est déterminée par le droit - fédéral ou cantonal - auquel il est soumis[1031]. La révélation du secret sous prétexte de ce devoir devra en outre être proportionnée au but qu'elle vise[1032].

2.2.2.5.2.2 Légitime défense et état de nécessité

Invoquer l'article 33 CP à l'appui d'une violation du secret de fonction semble peu probable. Il est en effet difficile de concevoir qu'il puisse être paré à une attaque imminente par une violation du secret de fonction.

Les cas de violation du secret de fonction en état de nécessité semblent également rarissimes[1033]. L'article 34 CP ne peut être invoqué qu'en dernier recours et uniquement pour protéger des intérêts privés[1034]. L'article 34 ch. 2 CP suppose que l'auteur ait usé d'un moyen proportionné au but visé et que le danger s'avère absolument impossible à détourner autrement que par la violation du secret[1035]. Cela présuppose en particulier que le détenteur du secret ait eu recours à tous les autres moyens légaux, notamment à l'autorisation de l'autorité hiérarchiquement supérieure, mais en vain[1036].

2.2.2.5.3 Faits justificatifs extra-légaux

2.2.2.5.3.1 Consentement et sauvegarde d'intérêts légitimes

Nous avons vu précédemment que si le secret porte sur des intérêts privés uniquement, le consentement du ou des particulier(s) concerné(s) peut être envisagé comme motif

---

[1028] Sur la distinction entre loi formelle et loi matérielle, cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *vol. I* (2000), pp. 492-494, n°s1405-1410.
[1029] ROTH (2001), p. 471.
[1030] FAVRE/PELLET/STOUDMANN (2004), ad art. 32, p. 95.
[1031] SEELMANN (1999), pp. 59s; HURTADO POZO (2002), p. 136, n° 425; FAVRE/PELLET/STOUDMANN (2004), ad art. 32, p. 93.
[1032] Sur les critères pour apprécier la proportionnalité, cf. FAVRE/PELLET/STOUDMANN (2004), ad art. 32, p. 94.
[1033] Pour un exemple, cf. DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 474, par. 111.
[1034] HURTADO POZO (2002), p. 121, n° 375; SEELMANN in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 419, n°4.
[1035] SEELMANN in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 420, n°8.
[1036] ATF 94 IV 68, 70s; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2053, n°15.

justificatif[1037]. Il va de soi que les règles en ce domaine doivent être respectées, notamment quant au moment où le consentement est donné, c'est-à-dire avant la révélation[1038]. S'agissant de la sauvegarde d'intérêts légitimes, il est de rares cas dans lesquels ce motif peut être allégué à raison, après que le détenteur du secret a vainement recouru à l'autorisation de l'autorité compétente[1039].

2.2.2.5.3.2 Le secret partagé

Certaines informations tombant sous le coup de l'obligation de secret faite aux autorités et aux agents de l'Etat peuvent être échangées entre eux, dans l'intérêt des particuliers, comme dans l'intérêt du bon fonctionnement des pouvoirs publics.

Le secret partagé n'est à notre sens pas en soi une exception au secret de fonction, puisque les faits couverts par l'obligation de secret le demeurent. Il convient plutôt de parler ici d'une théorie qui souligne l'extension de la titularité du secret, au-delà de son ou de ses détenteur(s) originel(s), le(s)quel(s) sont également astreints à cette obligation de confidentialité. Alors que l'article 32 CP peut être invoqué dans des situations exceptionnelles et/ou urgentes, le secret de fonction partagé concerne précisément des situations récurrentes et connues des autorités.

2.2.2.5.3.2.1 Dans l'intérêt du maître du secret

Il s'avère parfois nécessaire, voire essentiel, pour le détenteur du secret de fonction de le révéler dans l'intérêt de son maître. Dès lors et tel que le relève SCHULTZ, la communication de renseignements couverts par le secret, par exemple à des autorités de tutelle ou d'aide sociale, à un service médical scolaire, ou encore à la direction d'un établissement d'enseignement, devrait être envisageable si ces autorités ont un rôle à jouer dans l'aide dispensée à l'intéressé[1040].

2.2.2.5.3.2.2 Dans l'intérêt des autorités publiques

L'obligation de secret ne doit pas paralyser l'action administrative. La nécessité de travailler en équipe dans l'exercice de ses fonctions et de collaborer avec d'autres services publics impliquent par conséquent que le secret devienne partagé[1041].

[1037] Cf. *supra*, partie II, pt. 2.2.2.5.1.1.1; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2052, n°12; DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 476, par. 112. Notons que le nouveau Code pénal n'institue pas les faits justificatifs extra-légaux dégagés par la doctrine et la jurisprudence. Pour le Conseil fédéral « *le champ d'application de ces faits justificatifs est en effet mal délimité. Une disposition légale ne pourrait dès lors être que trop générale, donc inutile, ou extrêmement compliquée, donc inapplicable* ». Cf. FF 1999 1787, 1811.

[1038] HURTADO POZO (2002), p. 93, n° 280.

[1039] Sur la question, voir DONATSCH/WOHLERS (2004), p.476, par. 112; FLACHSMANN in DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER (2004), ad art. 320, p. 499. Voir également l'ATF 94 IV 68, 71 : circonstance justificative non retenue dans cette affaire de divulgation de documents couverts par le secret de fonction. Fait justificatif extra-légal retenu en revanche dans une affaire zurichoise repiquée in BJP 3/1989, n°615, p. 70.

[1040] SCHULTZ (1979), p. 377.

[1041] MEYER JEAN (1992), p. 2.

A ce propos, la possibilité d'échanger des informations entre le personnel d'un même service s'avère moins délicate à déterminer que l'éventualité d'une transmission d'informations à un service tiers[1042]. Il sied donc de procéder à une pesée des intérêts en présence avec une diligence toute particulière dans le cadre d'une communication d'informations entre autorités, ainsi que le préconisent notamment les nombreuses règles relatives à l'entraide administrative. En dernier ressort et dans tous les cas si des intérêts légitimes sont en jeu, le partage devra à ces occasions faire l'objet d'une autorisation de l'autorité supérieure.

2.2.2.6 Révélation punissable

Celui qui, en sa qualité de fonctionnaire ou de membre d'une autorité, rend accessible à un tiers non autorisé le secret auquel il est astreint viole l'article 320 CP. La manière dont le secret est dévoilé est sans pertinence. Il peut notamment l'avoir été oralement, par écrit, ou par actes concluants[1043]. Il est même concevable que le secret ait été révélé par omission[1044]. Peu importe également dans la règle que le destinataire lui-même soit astreint au secret de fonction ; la révélation demeure punissable même à l'égard de ce dernier[1045], à moins que tous deux ne travaillent dans le même service public et qu'il s'avère nécessaire pour sa bonne marche de se tenir mutuellement informé[1046]. En outre, le fait de communiquer un fait tenu pour secret à une personne déjà avertie s'avère également punissable si la révélation a « *valeur de confirmation* »[1047].

L'auteur doit avoir agi intentionnellement, soit avec la conscience de révéler le secret à une tierce personne qui ne devrait pas en avoir connaissance et la volonté de parvenir à la violation du secret[1048] ou du moins de la concevoir comme possible[1049]. Comme le soulignent plusieurs auteurs, la violation par négligence du secret de fonction peut toutefois entraîner des sanctions disciplinaires[1050].

Le délit est réalisé une fois que tout ou partie des faits couverts par le secret est parvenu à la connaissance du tiers non autorisé. Pour DONATSCH et WOHLERS, la tentative de violation du secret de fonction est punissable « *wenn der Geheimnisträger bereits Mitteilungen über solche Tatsache vergasst oder sie für einen Dritten zugänglich gemacht hat, der aber vom Geheimnis noch keine Kenntnis genommen hat* »[1051].

Enfin, l'erreur sur les faits[1052] est admise à l'égard du fonctionnaire qui révèle l'information couverte par son secret, croyant à tort par exemple qu'elle a déjà été rendue publique[1053]. Pour

---

[1042] REINHARDT (1990), pp. 542s.
[1043] GROSSMANN (1946), pp. 36s; REICHLIN (1952), p. 473; REAL (1972), p. 147 .
[1044] MEYER JEAN (1992), p. 5.
[1045] TRECHSEL (1997), p. 1007, n°8; STRATENWERTH (2000), par. 59, n°7; ATF 114 IV 44, 48.
[1046] Cf. *supra*, partie II, pt. 2.2.2.2 *in fine*.
[1047] CORBOZ (2002), p. 628, n°33; ATF 75 IV 71, 74.
[1048] TRECHSEL (1997), p. 1008, n°10.
[1049] Le dol éventuel suffit. Sur ce point, cf. ATF 127 IV 122, 125.
[1050] SCHULTZ (1979), pp. 369 et 372s; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2052, n°10; DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 471, par. 111. Dans le même sens mais s'agissant de la violation par négligence du secret professionnel de l'avocat, cf. SJ 1989, n°37, p. 646.
[1051] DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 472, par. 111. A ce propos, cf. également MEYER JEAN (1992), p. 5.
[1052] Art. 19 CP.
[1053] THORMANN/VON OVERBECK (1941), p. 467, n° 10; BOINAY (1998), p. 31; JOMINI (2002), p. 53.

que l'erreur de droit soit admise[1054], il faut que l'auteur ait eu des « *raisons suffisantes de se croire en droit d'agir* »[1055].

2.2.2.7 Poursuite

L'infraction contenue à l'article 320 CP est poursuivie d'office. Pour plusieurs auteurs, la poursuite d'office constitue un nouvel élément en faveur de la démonstration selon laquelle la priorité est donnée par cette disposition à l'intérêt public protégé[1056].

Conformément à l'article 70 CP, l'action pénale se prescrit par sept ans à compter du jour de la connaissance de la commission de l'infraction.

2.2.2.8 Sanctions

Le fonctionnaire ou le membre d'une autorité qui intentionnellement révèle le secret auquel il est astreint en vertu de l'article 320 CP est passible d'une peine d'emprisonnement ou de l'amende. Aux termes de l'article 50 al. 2 CP, ces deux peines peuvent être cumulées.

Pour autant que les conditions requises soient remplies[1057], l'agent public peut en outre être condamné à une sanction civile, le contraignant à réparer financièrement l'éventuel dommage causé au lésé.

L'agent public est par ailleurs aussi passible d'une sanction administrative prononcée par l'autorité hiérarchique supérieure, puisque le droit disciplinaire est autonome par rapport au droit pénal. Il n'y a donc pas violation du principe *ne bis in idem* si à une sanction pénale vient s'ajouter une sanction disciplinaire[1058]. Celle-ci peut consister en une réprimande ou un blâme, une amende, la suspension provisoire, voire le renvoi définitif[1059].

Il sied enfin de rappeler que les sanctions civiles et disciplinaires répriment aussi les infractions commises par négligence.

2.2.2.9 Données chiffrées

Selon les relevés de l'Office fédéral de la statistique, seules dix sanctions pour violation du secret de fonction ont été prononcées par les juridictions pénales suisses dans le courant de

---

[1054] Art. 20 CP.
[1055] Pour un exemple, cf. l'ATF 116 IV 56, 68s.
[1056] Cf. par exemple OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2049, n°2: « *Das Amtsgeheimnis bezweckt in* ***erster Linie*** [nous soulignons] *die Wahrung öffentlicher Interessen* ».
[1057] Doivent être réunis : une faute de l'agent (violation de son secret de fonction), un dommage (matériel ou préjudice moral) et un lien de causalité adéquate entre la faute et le dommage.
[1058] Sur ce point, cf. notamment REICHLIN (1952), p. 516; ROTH (1985), pp. 138s; BOINAY (1998), pp. 23-25; JAAG (2001), p. 580 et références citées.
[1059] Cf. notamment l'art. 16 de la Loi fixant le statut des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais du 11 mai 1983 (RSVS 172.2) et l'art. 31 de la Loi sur le statut des magistrats, fonctionnaires et employés de la République et Canton du Jura du 26 octobre 1978 (RSJU 173.11).

l'année 2003[1060]. Ce chiffre correspond à la moyenne du nombre de cas de violation du secret de fonction recensés par année entre 1984 et 2002. En dix-neuf ans en effet, on dénombre au total deux cent un cas.

Il est difficile de déduire de ces données si elles correspondent en particulier au professionnalisme des fonctionnaires à l'égard de leur obligation de confidentialité ou aux souhaits de l'administration de régler à l'interne tout conflit qui en découle.

2.2.3 Le secret de fonction sous l'angle de la législation cantonale

Au regard de notre problématique, nous rappelons qu'il est vain de s'attarder sur le secret du fonctionnaire fédéral, puisque l'exécution des sanctions relève de la compétence des cantons et donc de leurs propres agents. De fait, les membres des autorités et les fonctionnaires cantonaux sont astreints au secret de fonction prévu par la législation cantonale qui régit leur activité. Ainsi que nous l'avons motivé précédemment, nous sommes d'avis que les législations cantonales relatives au statut de la fonction publique constituent le fondement juridique du secret de fonction[1061]. Dans certains cantons, des dispositions spéciales peuvent également viser nommément une catégorie particulière d'autorité ou d'agent public. Tel est le cas notamment des professionnels de l'exécution des sanctions. Leur obligation de garder le secret énoncée dans la législation relative au statut de la fonction publique peut en effet également l'être dans la réglementation consacrée à la catégorie spécifique d'agents dont ils relèvent ou/et à l'établissement dans lequel ils exercent leur activité. Enfin, le secret de fonction peut aussi porter sur certaines informations particulières, spécifiquement énoncées dans une norme cantonale[1062].

Corollaire de l'obligation générale de fidélité de l'agent public[1063], le secret de fonction a longtemps été conçu principalement comme « *un devoir de service (…) voisin du devoir de coopération et d'information à l'égard des autres services* »[1064]. Le principe de transparence sous réserve du secret, récemment introduit dans plusieurs législations cantonales, a cependant sensiblement ébranlé cette conception. Il importe par conséquent de s'attarder sur l'impact de cette nouvelle donnée sur les contours du secret de fonction, jusqu'alors principalement défini par les divers statuts sur le personnel administratif. Il convient ensuite de brosser un tableau de la législation cantonale sur la fonction publique postulant l'obligation de confidentialité, avant de se focaliser sur les normes consacrées aux agents impliqués dans l'exécution des sanctions privatives de liberté en Suisse romande et au Tessin.

[1060] Etat de la banque de données au 12 août 2004. Ces chiffres sont disponibles sur le site de l'Office fédéral de la statistique : http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index.html, rubriques : Droit et justice/Criminalité et exécution des peines/Condamnations pénales (adultes)/Chiffres clés/Infractions - Lois/Infractions en détail.

[1061] Cf. *supra*, partie II, pt. 2.2.2.2.

[1062] Tel est le cas par exemple des informations tombant sous le coup de la législation cantonale en matière fiscale.

[1063] HURTADO POZO (1983), p. 81; KNAPP (1991), pp.632s.

[1064] DE ROUGEMONT (2002), p. 83.

2.2.3.1 Secret de fonction et transparence de l'administration

Le principe de transparence de l'administration repose sur l'idée que « *chaque citoyen participe de la personne même de l'Etat : il est en droit de connaître, dans une certaine mesure, les informations détenues par ce dernier parce qu'elles sont en quelque sorte les siennes propres* »[1065]. S'il renforce la protection des administrés dans leurs rapports verticaux, le principe de transparence leur offre surtout la possibilité de participer plus activement aux affaires publiques. Il vient alors circonscrire la portée du secret de fonction tel qu'il est protégé par les lois sur la fonction publique. Il le limite en effet aux seules informations qui demeurent protégées par une exception déclinée dans la loi consacrant la transparence, ou qui tombe sous le coup d'un secret prédéterminé par une loi spéciale.

Les dernières décennies ont vu plusieurs Etats porter un intérêt croissant au principe de publicité[1066]. Au sein de l'Union européenne, l'article 255 du Traité d'Amsterdam prévoit que tout citoyen de l'UE et toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège dans un Etat membre disposent d'un droit d'accès, sous réserve de certaines conditions, aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Ce *droit à l'information* est désormais de rang constitutionnel, puisqu'il est consacré à l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. En 2002, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a également émis une Recommandation sur l'accès aux documents publics[1067], invitant les Etats membres encore récalcitrants à légiférer dans ce sens.

En Suisse et au niveau fédéral, plusieurs interventions parlementaires, motions et postulats furent nécessaires avant que, en 1998, le Département fédéral de justice et police (DFJP) nomme un groupe de travail chargé d'élaborer un projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration[1068], laquelle fut adoptée par le Conseil national et le Conseil des Etats le 17 décembre 2004. La Loi fédérale sur la transparence, dont le Conseil fédéral n'a pas encore arrêté la date d'entrée en vigueur, confère aux particuliers un droit subjectif à obtenir de certaines autorités des informations sur l'ensemble de leurs activités et ce, sans qu'ils aient à se prévaloir d'un intérêt particulier[1069].

Au niveau cantonal, plusieurs cantons se sont dotés d'une loi sur la transparence, octroyant à toute personne un droit d'accès, limité ou général, aux documents officiels de leurs autorités administratives.

[1065] HUET (1988), p. 89.

[1066] Pour un rapide survol des législations nationales qui consacrent désormais le principe de transparence, cf. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Pour une administration publique plus transparente. Projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration et rapport explicatif*, Berne, avril 2000, pp. 9-13. Pour une étude comparative plus approfondie de ces législations, lire COTTIER (2002).

[1067] Recommandation n° R(2002)2 sur l'accès aux documents publics, adoptée par le Comité des Ministres le 21 février 2002, lors de la 784e réunion des Délégués des Ministres.

[1068] Pour un historique des travaux préparatoires, cf. DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Pour une administration publique plus transparente. Projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration et rapport explicatif*, Berne, avril 2000, pp. 13-15.

[1069] Pour un inventaire des arguments en faveur, respectivement en défaveur, du droit à l'information, cf. FF 2003 1807, 1816-1819 ainsi que MAHON (2002), pp. 25-32 qui décline plus spécifiquement les enjeux du droit à l'information et les fondements du régime de la publicité dans l'administration.

Le canton de *Berne* joua en ce domaine le rôle de pionnier[1070]. Il fut le premier à introduire ce principe dans sa Constitution[1071] et à le concrétiser par sa Loi sur l'information du public[1072] et l'Ordonnance y relative[1073].

S'agissant des cantons romands et du Tessin, la nouvelle Constitution *fribourgeoise*, acceptée par le peuple dudit canton le 16 mai 2004[1074], garantit le droit à l'information à son article 19 al. 2 et réitère l'obligation pour les autorités d'informer le public sur leurs activités à l'article 88. Les travaux relatifs à la future loi fribourgeoise sur l'information ont débuté en mars 2004[1075].

On retrouve également le droit à l'information sous réserve d'exceptions dans la Loi *genevoise* sur l'information du public et l'accès aux documents du 5 octobre 2001[1076], entrée en vigueur le 1er mars 2002.

Sur la base de l'article 68 de sa Constitution[1077], le canton du *Jura* s'est doté, le 4 décembre 2002, d'une Loi sur l'information et l'accès aux documents officiels, entrée en vigueur le 1er mars 2003[1078].

Le principe de transparence a été introduit dans la nouvelle Constitution du canton de *Neuchâtel* en l'an 2000[1079]. L'article 18 de la charte octroie à toute personne un droit d'accès aux documents officiels « *dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose* » et l'article 51 impose aux autorités un devoir d'information sur leurs activités. La procédure de consultation sur le projet de loi neuchâteloise sur la transparence des activités étatiques a en outre abouti le 31 mars 2005 et son entrée en vigueur est projetée au 1er janvier 2006.

Aux termes de l'article 56 de la Constitution *tessinoise*, « *Ogni autorità informa adeguatamente sulla propria attività. Non devono essere lesi interessi pubblici o privati preponderanti* »[1080]. L'avant-projet de la legge sulla pubblicità dei documenti amministrativi e sull'informazione del pubblico a été publié en juin 2001 et la procédure de consultation réalisée à la fin de l'année 2001. Le Conseil d'Etat tessinois devrait bientôt présenter son projet de loi.

[1070] SUTTER (2002), p. 297.
[1071] Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (RSB 101.1). Art. 17 al. 3 : « *Toute personne a le droit de consulter les documents officiels, pour autant qu'aucune intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose* ».
[1072] Loi sur l'information du public du 2 novembre 1993 (RSB 107.1).
[1073] Ordonnance sur l'information du public du 26 octobre 1994 (RSB 107.111).
[1074] RSF 10.1.
[1075] Rapport explicatif du 17 juin 2004 de la Commission extraparlementaire sur l'avant-projet de loi valaisanne sur l'information du public et l'accès aux documents, p. 4. Ce rapport est accessible sur le site officiel du canton du Valais, http://www.vs.ch/, rubriques : Actualités/Procédures de consultation/Consultations cantonales.
[1076] RSG A 2 08. Pour une étude historique de cette loi, lire HEYER (2002), pp. 161-174.
[1077] Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977 (RSJU 101).
[1078] RSJU 170.801.
[1079] Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (RSN 101). L'article 18 de la Constitution dispose que « *toute personne a le droit de consulter les documents officiels, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. La loi règle ce droit à l'information* ».
[1080] Costituzione della Repubblica e Cantone Ticino du14 décembre 1997 (RST 1.1.1.1).

Dans le canton du *Valais*, un avant-projet de loi sur l'information du public et l'accès aux documents a été mis en consultation en juillet 2004[1081].

Enfin, la nouvelle Constitution du canton de *Vaud*[1082] postule « *le droit de consulter les documents officiels, dans la mesure où aucun intérêt prépondérant, public ou privé, ne s'y oppose* »[1083], de même que l'obligation pour l'Etat et les communes d'informer « *la population de leurs activités selon le principe de la transparence* »[1084]. La Loi vaudoise sur l'information du 24 septembre 2002[1085], entrée en vigueur le 1er septembre 2003, concrétise ce principe, et son règlement d'application en précise les modalités[1086].

Seuls les cantons de *Genève*, de *Vaud* et du *Jura* possèdent dès lors pour l'heure une loi qui matérialise le principe de transparence. Chaque loi ne diffère pas fondamentalement dans ses champs d'application *rationae materiae* et *personae*, ainsi que dans la portée qu'elle reconnaît au droit à l'information. En résumé, toutes trois règlent l'information active et passive, c'est-à-dire l'information délivrée spontanément, d'office, par les autorités, et celle expressément requise par les particuliers auprès de ces dernières. Elles octroient aux particuliers un droit d'accès général aux informations en mains des autorités. Il est dès lors garanti à toute personne, sans qu'elle ait à faire valoir un intérêt légitime, un droit subjectif à la consultation des documents officiels et à recevoir des renseignements, sous réserve d'un intérêt public ou privé prépondérant. Ces lois cantonales portent sur l'accès aux documents dits « *officiels* », qu'elles définissent en des termes similaires. Il s'agit des documents - et des informations qu'ils contiennent - détenus par une autorité et liés à l'accomplissement d'une tâche publique. Leur champ d'application personnel s'étend notamment aux institutions, aux établissements et aux organismes, mêmes extérieurs à l'Etat, qui accomplissent des tâches de droit public. Le service pénitentiaire d'un canton, les établissements de détention et leurs collaborateurs respectifs, par exemple, se voient donc dans l'obligation de respecter le principe de transparence, sous réserve des exceptions prévues dans la loi cantonale le consacrant.

Dans ce cadre, il faut relever qu'une loi cantonale et son règlement d'application désignent expressément l'effet de ces nouvelles dispositions sur le secret de fonction. Aux termes de l'article 18 de la Loi *vaudoise* sur l'information en effet, « *il est interdit aux collaborateurs de la fonction publique ainsi qu'aux délégataires d'une tâche publique de divulguer des informations ou des documents officiels dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction, et qui doivent rester secrets en raison de la loi ou d'un intérêt public ou privé prépondérant. Cette obligation de garder le secret subsiste après la cessation des rapports de service. La violation du secret de fonction au sens des alinéas précédents est sanctionnée par l'article 320 du Code pénal* ». L'article 27 du Règlement précise en outre que *« l'autorité d'engagement est compétente pour lever le secret de fonction (…) Le préavis du S[ervice de] J[ustice, de l']I[ntérieur et des] C[ultes] est requis. En cas d'urgence, l'autorisation peut être accordée oralement et doit être confirmée ensuite par écrit. L'autorisation reste nécessaire après la fin des rapports de travail* ». Ainsi que le précise l'exposé des motifs à l'appui du

[1081] Cet Avant-projet est également accessible sur le site officiel du canton du Valais, http://www.vs.ch/, rubriques : Actualités/Procédures de consultation/Consultations cantonales.
[1082] Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (RSVD 101.01).
[1083] Art. 17 al. 2 lit. c.
[1084] Art. 41 al. 1er.
[1085] RSVD 170.21.
[1086] Règlement d'application de la loi du 24 septembre 2002 sur l'information du 25 septembre 2003, entré en vigueur le 1er octobre 2003 (RSVD 170.21.1).

projet de cette loi[1087], le législateur vaudois a opté pour la réunion, dans un seul et unique texte, des règles relatives au secret et à la publicité. Jusqu'à l'entrée en vigueur en 2002 de la Loi sur l'information, le secret de fonction était réglé par la Loi sur le personnel de l'Etat et son règlement d'application. Depuis lors, il est délimité par les dispositions évoquées plus haut. Dans le même sens, le rapport explicatif de l'avant-projet de loi *valaisanne* sur l'information énonce que le secret de fonction « *n'est pas remis en cause. Mais sa portée va dépendre désormais des nouvelles dispositions proposées. Il ne s'appliquera plus qu'aux informations protégées par les dispositions exceptionnelles contenues dans l'avant-projet ou par les dispositions sur le secret prévues par des lois spéciales* »[1088]. De même, la loi *genevoise* sur l'information, si elle ne traite pas *expressis verbis* du secret de fonction, en limite la portée aux documents et informations qu'elle déclare inaccessibles. Plusieurs lois relatives à l'exercice de certaines fonctions publiques s'y rapportent directement. Par exemple, la Loi sur l'organisation et le personnel de la prison du 21 juin 1984[1089] renvoie à celle sur l'information pour circonscrire la portée du secret de fonction auquel est tenu le personnel des établissements de détention du canton de Genève.

Au plan fédéral également, le rapport explicatif à l'appui d'une loi fédérale sur la transparence mentionne qu'« *il n'est pas (…) nécessaire de modifier l'art. 320 du Code pénal : « révéler un secret » au sens de cette disposition équivaudra dorénavant à divulguer des documents officiels inaccessibles en vertu du présent projet et à délivrer des renseignements sur leur contenu* ». Le Message du Conseil fédéral réitère cette formulation en la précisant : « *Si l'art. 22 de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers) réglant la question du secret professionnel, du secret d'affaire et du secret de fonction ne doit pas être modifié dans le cadre du projet, l'introduction du principe de transparence a tout de même pour conséquence de redéfinir la portée du secret de fonction: il ne s'applique plus qu'aux informations protégées par les dispositions dérogatoires contenues dans le projet ou par des dispositions sur le secret prévues par des lois spéciales* ». Il confirme plus loin en des termes similaires qu'« *il n'est pas non plus nécessaire de modifier l'art. 320 CP (…). Sera ainsi considérée comme ayant trahi un secret toute personne qui aura divulgué des documents officiels inaccessibles en vertu de la loi sur la transparence ou délivré des renseignements sur leur contenu* »[1090].

Dans les cantons de Genève et de Vaud[1091], comme au niveau fédéral, l'agent public se doit donc expressément de ne pas révéler le contenu des documents officiels de son service dans les limites imposées par la loi sur la transparence à laquelle son activité est soumise. Concrètement, le secret de fonction auquel il est astreint s'applique uniquement aux informations et documents déclarés inaccessibles aux termes de cette loi. Ces informations et documents sont pénalement protégés par l'article 320 CP, qui en sanctionne la révélation. Est-ce à conclure que la lacune tenant à la délimitation très vague de la portée du secret de fonction est définitivement comblée et qu'il n'y a plus lieu désormais d'hésiter entre l'obligation de se taire et celle de révéler ? Rien n'est moins sûr. En effet, la question des

[1087] Accessible sur le site du Bureau d'information et de communication (BIC) du canton de Vaud : http://www.bic.vd.ch/.
[1088] Rapport explicatif de la Commission extraparlementaire du 17 juin 2004 sur l'avant-projet de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, p. 6.
[1089] RSG F 1 50.
[1090] FF 2003 1807, 1821 et 1833.
[1091] Ainsi que prochainement dans le canton du Valais, si l'Avant-projet de loi sur l'information n'est pas modifié.

exceptions au principe de transparence, c'est-à-dire le problème de « *la formulation de l'équilibre entre ce qui est communicable et ce qui ne l'est pas* », demeure[1092].

Sur le plan fédéral, l'article 7 LTrans énumère les exceptions au droit d'accès au contenu du document officiel. Cette disposition contient une liste exhaustive des intérêts publics et privés prépondérants. L'autorité dispose néanmoins d'un large pouvoir d'appréciation en la matière, dans la mesure où elle est habilitée à convenir d'une modalité d'accès différée et/ou restreinte et à privilégier l'intérêt public à la transparence sur l'intérêt privé au secret si elle estime le premier prépondérant[1093]. L'article 8 al. 1er et al. 4 LTrans recense les documents pour lesquels un droit subjectif d'accès n'est pas reconnu aux particuliers. Il s'agit notamment de documents officiels contenant des positions prises dans des négociations en cours ou futures. Par ailleurs, l'article 4 LTrans admet qu'une disposition légale spéciale peut s'opposer à la communication de documents officiels[1094], imposer au contraire la publicité de certains d'entre eux en dérogation à la loi sur la transparence[1095], ou encore prévoir des règles spécifiques d'accès. Enfin, l'article 9 LTrans impose le caviardage des données personnelles comprises dans des documents officiels avant leur consultation. S'il s'avère impossible de rendre ces données anonymes, l'article 19 nouveau LPD s'applique.

Il n'est pas aisé pour l'autorité compétente de décider de l'octroi ou non de l'accès à l'information qu'elle détient, puisqu'il lui incombe de se déterminer sur la prépondérance d'un intérêt, défini en l'espèce en termes généraux. Concrètement, cela signifie que « *le législateur "pré"-pèse les intérêts en présence en les qualifiant de iure de prépondérants* » et qu'il revient à la discrétion de l'autorité compétente « *d'interpréter la notion juridique indéterminée de « l'atteinte à l'intérêt X »* »[1096].

Les législations cantonales ne prévoient pas un système plus adapté en termes d'efficacité et d'uniformité dans la reddition des décisions[1097]. Elles se réfèrent également à des clauses générales, c'est-à-dire en l'occurrence aux notions d'intérêt public et privé prépondérants, qu'elles interprètent pour refuser, totalement ou partiellement, l'accès aux informations détenues par les autorités soumises au principe de transparence. Les intérêts publics avancés dans les législations cantonales sont notamment la sécurité publique et le bon fonctionnement de l'activité étatique. La protection de la sphère privée, de la personnalité et des secrets commerciaux ou professionnels sont parmi les principaux intérêts privés avancés pour s'opposer à la communication partielle ou totale d'informations.

Le recours à des clauses générales pour démarquer les exceptions au principe de transparence s'avère inadéquat. Nous adhérons au constat de MAHON selon lequel « *la détermination de*

[1092] MAHON (2002), p. 34.
[1093] FF 2003 1807, 1848 et 1854.
[1094] Par exemple, les listes de signatures recueillies dans le cadre d'une demande de référendum ne peuvent être, une fois déposées, ni restituées, ni consultées. Cf. art. 64 al. 2 de la Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (RS 161.1).
[1095] Tel est le cas notamment de l'art. 930 CO, aux termes duquel le registre du commerce, quand bien même il contient des données personnelles, est public.
[1096] FLÜCKIGER (2002), p. 146.
[1097] A propos du recours aux clauses générales, lire HEYER (2002), p. 167 et pp. 170-172. Membre de la commission d'experts chargée d'élaborer la Loi genevoise sur l'information du public, il rapporte comment les pouvoirs exécutif et législatif se sont écartés de la décision de la commission de ne pas souscrire à la clause générale et quels furent les arguments avancés par le Conseil d'Etat pour définitivement combiner clause générale et liste détaillée des exceptions au principe de transparence.

l'équilibre entre ce qui est communicable et ce qui ne l'est pas exige une définition et une délimitation précises des hypothèses de maintien du secret. La technique des clauses générales et génériques ne paraît pas suffire »[1098]. En effet, en l'absence d'exceptions claires et précises, il appartient on l'a vu aux autorités compétentes de qualifier des notions juridiques indéterminées, exercice qui peut s'avérer périlleux. L'autorité appelée à décider du sort des intérêts en cause peut en outre être à la fois « *juge et partie, [notamment] si les documents requis reflètent ses activités (…)*»[1099] ; constat dont il découle un risque d'arbitraire. Enfin, le fait de recourir à des clauses générales revient à déléguer implicitement à la pratique le soin de fixer elle-même et en dernier ressort les ultimes limites au droit à l'information des particuliers ; avec le cortège d'incertitudes, voire de décisions contradictoires que cela suppose.

Une solution susceptible de pallier à ces critiques consisterait à procéder en amont à la pesée des intérêts, afin d'en dégager une série de normes précises de secret, lesquelles trouveraient leur assise dans la loi. Il pourrait par exemple s'agir d'un inventaire de documents qualifiés de secrets par le législateur et pour lesquels les modalités de protection seraient très clairement définies par la loi. L'administration serait alors « *liée par des concepts juridiques déterminés* » et sa marge discrétionnaire réduite d'autant[1100]. Plusieurs lois spéciales recourent à ce mécanisme[1101]. Certaines dispositions de la Loi fédérale sur la transparence, également. Tel est le cas de l'article 8 al. 4 LTrans, qui exclut expressément le droit d'accès aux documents officiels exprimant une prise de position dans le cadre de négociations en cours ou futures. Cette option a le mérite de clarifier le degré de protection octroyé à certaines informations détenues par l'administration, sans toutefois l'enfermer dans un cadre trop rigide. Soumettre à une certaine "automaticité" les autorités auprès desquelles des documents sont requis est susceptible dès lors d'éviter en partie l'arbitraire, de remédier à l'insécurité juridique et de renforcer les principes.

2.2.3.2 Secret de fonction dans les législations cantonales sur la fonction publique

Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, le secret de fonction des intervenants en milieu carcéral se fond dans de nombreux cantons sur le droit relatif au statut des agents de l'Etat. Il s'avère par conséquent incontournable d'exposer les principales dispositions cantonales qui le concrétisent, pour mieux cerner son étendue et circonscrire les exceptions qui peuvent lui être opposées. Dans la foulée, nous examinerons également si les intervenants sont tenus à une obligation de dénoncer.

2.2.3.2.1 Fribourg

Le personnel des établissements de détention du canton de Fribourg est soumis à la Loi sur le personnel de l'Etat[1102], qui signale à son article 56 que tout agent des services publics « *accomplit son travail avec diligence, conscience professionnelle et fidélité* », et à son article

[1098] MAHON (2002), p. 34.
[1099] COTTIER (2002), p. 98.
[1100] FLÜCKIGER (2002), p. 147.
[1101] Pour des exemples, cf. FLÜCKIGER (2002), p. 148.
[1102] Loi sur le personnel de l'Etat du 17 octobre 2001 (RSF 122.70.1). Cf. également l'art. 10 de la Loi sur les Etablissements de Bellechasse du 2 octobre 1996 (RSF 341.1.1).

60 al. 1er qu'il lui est interdit « *de divulguer des faits dont il ou elle a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui doivent rester secrets en raison de leur nature, des circonstances ou d'instructions spéciales* ». Dans un même ordre d'idées, les collaborateurs de l'établissement ne sauraient « *communiquer à des tiers ou conserver en dehors des besoins du service, en original ou en copie, des documents de service* ». Il n'en demeure pas moins que, dans « *l'intérêt public ou pour assurer la bonne marche de l'administration* »[1103], certaines informations peuvent être transmises à d'autres services, par exemple dans le domaine qui nous occupe aux collaborateurs du service du patronage qui assurent le suivi de certains détenus ayant séjourné dans l'établissement. L'autorité compétente pour délier par écrit le directeur de l'établissement de son secret est le chef de la Direction de la justice, de la police et des affaires militaires. Le directeur de l'établissement est quant à lui compétent pour autoriser son personnel subordonné à parler[1104].

Enfin, un membre du personnel de l'établissement qui, dans l'exercice de ses fonctions, soupçonne sérieusement ou prend connaissance de la commission d'une infraction, a l'obligation d'en informer l'autorité d'engagement[1105].

2.2.3.2.2 Genève

A Genève, l'article 9 al. 1er de la Loi sur l'organisation et le personnel de la prison[1106] prévoit le secret de fonction du personnel des établissements de détention, à l'exception des soignants, en ces termes : « *Le personnel de la prison est tenu 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 et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001, ou les instructions reçues ne lui permettent pas de les communiquer à autrui* ». L'autorisation de levée du secret revient au Conseiller d'Etat en charge du Département de justice, police et sécurité[1107].

Le Règlement sur l'organisation et le personnel de la prison[1108] précise que « *le fonctionnaire a l'obligation de garder un secret absolu sur la marche de la prison et sur les affaires de service, notamment sur la personnalité des détenus, les motifs et les faits relatifs à leur arrestation et à leur détention* »[1109]. Le secret est toutefois nuancé par une obligation de renseigner le supérieur hiérarchique ou la direction de « *a) toute évasion ou tentative d'évasion, toute tentative de corruption et tout autre événement grave; b) toute irrégularité dans le fonctionnement du service et tout dommage causé à l'établissement; c) tout fait ou comportement suspect* »[1110]. L'article 8 al. 2 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées[1111] proclame en outre que les aumôniers et leurs auxiliaires, les membres du service social, du service médical et le personnel de la

[1103] Art. 63 de ladite loi.
[1104] Art. 65 al. 1er de ladite loi. Cf. également l'art. 3 al. 1er lit. a et c du Règlement des détenus et internés des Etablissements de Bellechasse du 9 décembre 1998 (RSF 341.1.12).
[1105] Art. 61s de ladite loi et art. 147 du Code de procédure pénale du 14 novembre 1996 (RSF 32.1).
[1106] Loi sur l'organisation et le personnel de la prison du 21 juin 1984 (RSG F 1 50).
[1107] Art. 9 al. 4 de ladite loi.
[1108] Règlement sur l'organisation et le personnel de la prison du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.01).
[1109] Art. 14 al. 1er dudit Règlement.
[1110] Art. 19 al. 1er dudit Règlement.
[1111] Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.04).

bibliothèque « *sont tenus au secret* ». La note marginale de cette disposition prête toutefois à confusion puisqu'elle a pour intitulé « *secret de fonction et secret professionnel* ». De toute évidence, il aurait été plus judicieux que le législateur cantonal distingue précisément ces deux obligations au regard des intervenants qui y sont soumis. Les collaborateurs du service social et le personnel de la bibliothèque échappent en effet au secret professionnel, alors que les aumôniers et les membres du service médical, ainsi que leurs auxiliaires respectifs, sont astreints cumulativement au secret de fonction et au secret professionnel.

Nous l'évoquions précédemment, le personnel médical pénitentiaire est expressément exclu du champ d'application des articles 6 à 32 de la Loi sur l'organisation et le personnel de la prison[1112]. Le personnel médical des établissements de détention genevois relève en effet de la division « médecine pénitentiaire » de l'Institut universitaire de médecine légale, lequel est rattaché aux Hôpitaux universitaires de Genève[1113], considérés comme des établissements publics médicaux[1114]. Dès lors, le personnel médical de l'Institut chargé de la prise en charge des personnes incarcérées est dans ce canton astreint au secret de fonction[1115] non seulement en vertu de l'art. 8 al. 2 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées, mais également en vertu de l'article 9 de la Loi sur les établissements publics médicaux[1116]. Pour cette catégorie de personnel, l'autorité supérieure habilitée à lever le secret de fonction est le président du conseil d'administration des établissements publics médicaux, ainsi que le prescrit l'article 9 al. 8 de ladite loi. Pour autant, leur secret de fonction se lit à la lumière de la Loi sur l'information du public et l'accès aux documents, puisque l'art. 9 al. 2 la Loi sur les établissements publics médicaux réserve cette obligation de confidentialité « *dans la mesure où la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001, ne leur permet pas de les communiquer à autrui* ».

Quant à l'obligation de dénoncer de l'agent public genevois, elle relève de l'article 11 du Code de procédure pénale[1117], aux termes duquel « *toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit devant être poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ le procureur général* ».

2.2.3.2.3 Jura

La Loi jurassienne sur le statut des magistrats, fonctionnaires et employés du canton du Jura[1118] interdit à ces personnes de révéler des faits dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions et « *qui doivent rester secrets en raison de leur nature, des circonstances ou d'instructions spéciales* »[1119]. La compétence de lever le secret de fonction, notamment dans le cadre d'une déposition en justice, revient à l'autorité qui a nommé le

[1112] Art. 1er al. 2 de ladite loi.
[1113] Art. 2 du Règlement de l'Institut universitaire de médecine légale du 18 juillet 1984 (RSG K 1 55.04).
[1114] Art. 1er lit. a de la Loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (RSG K 2 05).
[1115] A l'instar d'ailleurs du personnel de l'Institut de médecine légale du canton de Berne. Sur ce point, cf. BJP 3/1980, n°1097, p. 117.
[1116] Loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (RSG K 2 05).
[1117] Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 (RSG E 4 20).
[1118] Loi sur le statut des magistrats, fonctionnaires et employés de la République et Canton du Jura du 26 octobre 1978 (RSJU 173.11).
[1119] Art. 25 de ladite loi.

fonctionnaire appelé à témoigner[1120]. Il s'agit dès lors du Ministre de la justice et des finances pour le personnel des établissements de détention jurassiens, y compris pour les médecins des prisons[1121]. L'autorisation doit être délivrée par écrit et peut au besoin, dans le cadre d'une déposition en justice, porter sur certains points uniquement. Par ailleurs, la production en justice de pièces officielles et la remise d'attestations doivent également faire l'objet d'une autorisation écrite.

Notons enfin que le champ d'application personnel de l'article 6 du Code de procédure pénale jurassien[1122] est relativement restreint. Il ne semble assujettir que les organes de police et de la justice à l'obligation de dénoncer les infractions poursuivies d'office découvertes dans l'exercice de leur fonction. Si l'on considère le personnel des établissements de détention comme étant des auxiliaires de justice, cette obligation leur incombe également. La question demeure toutefois ouverte.

2.2.3.2.4 Neuchâtel

Dans le canton de Neuchâtel, la Loi sur le statut de la fonction publique prescrit les devoirs généraux des agents publics[1123], notamment le devoir de fidélité[1124], et le secret de fonction auquel ils sont tenus. Aux termes de l'article 20, celui-ci s'étend aux « *faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur activité officielle et qui doivent rester secrets en raison de leur nature, des circonstances ou d'instructions spéciales* ». L'alinéa 2 précise que *« [d]ans les mêmes limites, il leur est également interdit de communiquer à des tiers ou de s'approprier, en original ou en copie, des documents de service établis par eux-mêmes ou par autrui* ». Comme pour la déposition en justice[1125], seule l'autorité de nomination peut les délier de cette obligation par une autorisation écrite. A l'intérieur du service, la communication de renseignements et de documents est régie par l'article 10 du Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique[1126]. Selon cette disposition, il est possible de transmettre des renseignements dans la mesure où cela est « *nécessaire à l'accomplissement du service* ». De même, la communication de ces informations à des tiers est admise dès lors que ces derniers justifient d'un intérêt légitime, que « *des intérêts prépondérants de l'administration ou d'autres intéressés ne s'y opposent pas* »[1127] et sous réserve de l'autorisation du chef du département dont relève l'agent, ou de son chef de service en cas de délégation[1128].

[1120] Dans le même sens, cf. également l'article 2 lit. b de l'Ordonnance fixant la compétence d'autoriser les magistrats et fonctionnaires à déposer en justice du 31 août 1982 (RSJU 173.116.1) et l'article 160 al. 1er lit. 4 et 5 du Code de procédure pénale de la République et Canton du Jura du 13 décembre 1990 (RSJU 321.1).

[1121] Aux termes de l'article 27 de l'Ordonnance sur les établissements de détention du 30 avril 1991 (RSJU 342.11), le médecin des prisons de chaque district est désigné par le Ministre de la justice.

[1122] Code de procédure pénale de la République et Canton du Jura du 13 décembre 1990 (RSJU 321.1).

[1123] Art. 15 de la Loi sur le statut de la fonction publique du 28 juin 1995 (RSN 152. 510).

[1124] Art. 15 al. 2 de ladite loi : « *[Les titulaires de fonctions publiques] accomplissent leurs tâches avec engagement, fidélité, honnêteté et impartialité, dans le respect des instructions reçues* ».

[1125] Art. 23 al. 1er de ladite loi et art. 15 du Règlement y afférent. Dans un même ordre d'idées, s'agissant de l'obligation de produire des pièces et tel que le souligne RÖTHLISBERGER (1982), p. 332, « *le fonctionnaire est placé, au point de vue du secret de fonction, dans la même situation que s'il doit déposer comme témoin* ».

[1126] Règlement général d'application de la loi sur le statut de la fonction publique du 15 janvier 1996 (RSN 152.511).

[1127] Art. 11 al. 1er dudit Règlement.

[1128] Art. 11 al. 2 dudit Règlement.

Par ailleurs, les agents publics neuchâtelois sont dans l'obligation de dénoncer au Ministère public, en général par la voie hiérarchique, les infractions poursuivies d'office constatées dans l'exercice de leur fonction[1129].

Le personnel des établissements de détention du canton de Neuchâtel est précisément soumis à ces dispositions. Dans la règle, cela signifie qu'il doit garder confidentielles les informations relatives à l'établissement et à la population qu'il abrite à l'égard de tous tiers externes, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne légitime l'autorisation de levée du secret de fonction par le chef du Département de la justice, de la sécurité et des finances.

2.2.3.2.5 Tessin

L'article 22 de la Legge sull' ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti[1130] réglemente de manière générale les devoirs de service des agents publics du canton du Tessin. Le secret de fonction est défini à l'article 29 en des termes similaires aux deux législations cantonales précitées : « *[1]È vietato al dipendente divulgare gli affari di servizio che devono rimanere segreti per il loro carattere, per le circostanze o in virtù d' istruzioni speciali.* [2]*Tale obbligo sussiste anche dopo la cessazione del rapporto d'impiego* ». L'ensemble du personnel oeuvrant dans les établissements de détention tessinois doit observer cette obligation ; seule leur autorité de nomination, à savoir le chef du Département des institutions, peut les en relever[1131].

Quant à l'obligation de dénoncer, elle est réglée à l'article 181 du Code de procédure pénale tessinois[1132] en ces termes : « *Ogni autorità, funzionario o pubblico impiegato, che nell' esercizio delle sue funzioni ha notizia di un reato di azione pubblica, è tenuto a farne immediato rapporto al Procuratore pubblico e a trasmettergli i verbali e gli atti relativi* ».

2.2.3.2.6 Valais

L'article 7 de la Loi fixant le statut des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais[1133] énumère les devoirs de service des agents publics valaisans, alors que l'article 12 al. 1er spécifie l'étendue du secret de fonction auquel ils sont astreints : « *Le fonctionnaire est tenu au secret sur toutes les affaires de service. Il doit en particulier traiter avec soin tous les documents confidentiels* ». L'autorisation du Conseil d'Etat est nécessaire pour la déposition en justice et la remise de pièces officielles sous réserve, dans ce dernier cas, de dispositions spéciales contraires.

[1129] Art. 22 de la Loi sur le statut de la fonction publique; art. 13 et 14 dudit Règlement et art. 6 du Code de procédure pénale neuchâtelois du 19 avril 1945 (RSN 322.0).
[1130] Legge sull' ordinamento degli impiegati dello Stato e dei docenti du 15 mars 1995 (RST 2.5.4.1).
[1131] Art. 30 de la dite loi.
[1132] Codice di procedura penale du 19 décembre 1994 (RST 3.3.3.1).
[1133] Loi fixant le statut des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais du 11 mai 1983 (RSVS 172.2).

Par ailleurs, tout agent public est enjoint de dénoncer immédiatement au juge d'instruction et au Conseil d'Etat toute infraction poursuivie d'office constatée dans l'exercice de ses fonctions[1134].

2.2.3.2.7 Vaud

Avec la reconnaissance formelle dans le canton de Vaud du principe de transparence[1135] et conformément à l'article 69 de la Loi sur le personnel de l'Etat révisée en 2001[1136], le personnel des établissements de détention est désormais tenu au secret de fonction tel qu'il est défini à l'article 18 de la Loi sur l'information et précisé à l'article 27 du Règlement d'application y relatif. Il est dès lors interdit aux membres du personnel d'un établissement pénitentiaire vaudois de « *divulguer des informations ou des documents officiels dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction, et qui doivent rester secrets en raison de la loi ou d'un intérêt public ou privé prépondérant* »[1137].

L'article 27 du Règlement d'application de la loi sur l'information traite de la levée du secret de fonction. L'autorité d'engagement est l'autorité compétente. Le Service de justice, de l'intérieur et des cultes doit toutefois donner son préavis. L'autorisation doit dans la règle être rendue par écrit. Elle peut être donnée oralement en cas d'urgence, mais doit dans tous les cas être par la suite confirmée par écrit.

Dans le même ordre d'idées, l'agent public, quel qu'il soit, doit requérir l'autorisation écrite de l'autorité d'engagement pour déposer, produire des pièces ou remettre des attestations en justice[1138]. L'autorisation peut être limitée à certains points, désignés par le juge.

En dernier ressort, le fonctionnaire est habilité à dénoncer les infractions poursuivies d'office en vertu de l'article 173 du Code du 12 septembre 1967 de procédure pénale[1139]. Cette disposition ne s'adresse pas seulement aux agents publics de l'Etat de Vaud, mais à tout un chacun, ni ne fixe d'obligation de dénoncer[1140].

Notons enfin que les Directives internes sur le régime intérieur des personnes détenues ou internées aux Etablissements de la plaine de l'Orbe prévoient expressément que la direction et les représentants des services des EPO sont « *tenus au secret professionnel* ». Elles soulignent en outre qu'« *en conformité avec les règles légales, [ces personnes] peuvent toutefois révéler aux organes responsables les renseignements qui sont de nature à favoriser leur action éducative et ceux qui sont de nature à empêcher l'exécution de projets compromettant la sécurité des personnes et des choses* »[1141]. Si l'initiative est louable, on constate cependant un

---

[1134] Art. 12 al. 5 de la Loi fixant le statut des fonctionnaires et employés de l'Etat du Valais et art 43 al. 2 du Code de procédure pénale du 22 février 1962 (RSVS 312.0).
[1135] Loi vaudoise sur l'information du 24 septembre 2002 (RSVD 170.21) ; Règlement d'application de la loi du 24 septembre 2002 sur l'information du 25 septembre 2003 (RSVD 170.21.1).
[1136] RSVD 172.31
[1137] Art. 18, 1ère phrase, de la Loi vaudoise sur l'information.
[1138] Art. 19 du Règlement d'application de la Loi sur l'information.
[1139] RSVD 312.01.
[1140] L'article 173 est en effet libellé ainsi : « *Chacun est fondé à dénoncer au juge instructeur compétent, au Ministère public ou à tout fonctionnaire de police l'infraction poursuivable d'office dont il a connaissance* ». Cf. également MEYER JEAN (1992), p. 7.
[1141] Page 15 des Directives internes.

problème de terminologie susceptible d'ébranler la validité de cette prescription particulière. En effet, la notion de secret professionnel n'est de toute évidence pas comprise ici dans son sens juridique, puisque les membres de la direction des EPO ainsi que certains de ses collaborateurs, par exemple les surveillants, ne sont pas tenus au secret professionnel tel qu'il est conçu à l'article 321 CP, mais au secret de fonction prévu par l'article 320 CP.

2.2.3.2.8 Eléments communs

Comme pour l'article 320 CP, la majorité des législations cantonales mentionnent expressément que l'obligation faite à leurs agents de garder le secret demeure après la cessation des rapports de service.

Par ailleurs, l'agent public cantonal qui viole intentionnellement son secret de fonction s'expose à une poursuite disciplinaire, indépendante d'une poursuite pénale et/ou civile[1142].

Enfin, l'obligation légale de dénoncer que doit observer le titulaire d'une fonction publique l'emporte sur son secret de fonction[1143]. La controverse dont fait l'objet l'obligation de dénoncer du « médecin fonctionnaire » sera traitée dans le chapitre consacré aux faits justificatifs spéciaux de l'article 321 CP[1144].

Ce tour d'horizon atteste de la foison de dispositions cantonales consacrées au secret de fonction. Par-delà les disparités qui en découlent, il existe en la matière un facteur récurrent : il n'est pas aisé pour l'agent public d'appréhender cette obligation, pourtant essentielle au regard des intérêts qu'elle protège. En pratique, pour savoir si un fait est ou non secret, l'agent public s'en remet le plus souvent aux instructions de son supérieur, aux usages de l'institution dans laquelle il exerce son activité officielle, voire même à son intuition. Il se peut aussi que son cahier des charges mentionne expressément son secret de fonction et précise les éléments qui en aucun cas ne peuvent être dévoilés à des tiers déterminés. Dans les établissements de détention en particulier, il n'est pas rare que la direction adopte également certaines mesures spécifiques en la matière, par exemple diffuse un ordre de service destiné à rendre attentif ses collaborateurs à la discrétion à observer à l'égard des médias.

Nous concluons donc avec TANQUEREL que de manière générale et/ou « *en l'absence de dispositions spéciales, l'obligation de secret peut aussi résulter, pour les membres des autorités, de leurs devoirs généraux de fonction, qui impliquent de ne rien faire qui puisse nuire à la mission étatique qui leur est confiée* »[1145]. Telle est la ligne directrice à laquelle doivent se conformer l'ensemble des agents publics.

Dans cette optique et relativement au domaine qui nous intéresse, on pourrait imaginer qu'un code de déontologie de la fonction publique pénitentiaire précise cette obligation, dans le même esprit que les règles de l'Annexe II à la Recommandation n° R(97)12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe[1146]. Il apparaît d'ailleurs que ce code ait été projeté, mais il

[1142] MOOR (1992), p. 242.
[1143] KNAPP (1991), p. 493.
[1144] Voir *infra*, partie II, pt. 2.3.2.5.1.3.
[1145] TANQUEREL (2002), p. 53.
[1146] Recommandation n° R(97)12 sur le personnel chargé de l'application des sanctions et mesures, adoptée par le Comité des Ministres le 10 septembre 1997, lors de la 600e réunion des Délégués des Ministres. Cf. également

n'a pas encore été adopté en Suisse[1147]. Le projet français de loi pénitentiaire le préconisait également[1148], avant qu'il ne soit abandonné en 2002[1149].

2.3 Le secret médical "incarcéré"

2.3.1 Délimitations

2.3.1.1 Du cadre juridique

On distingue plusieurs niveaux de réglementation du secret médical, en fonction notamment des législations qui lui sont applicables (de droit privé ou de droit public, de droit fédéral ou de droit cantonal), mais également du statut de son détenteur (indépendant, dépendant, voire agent de l'Etat). Le secret médical au sens de l'article 321 CP se distingue donc notamment du *devoir général de discrétion* de l'article 28 CC, du *devoir contractuel de discrétion* au sens de l'article 398 CO, ainsi que du *devoir accru de discrétion* de l'article 35 LPD. Il se différencie également des dispositions sanitaires cantonales et des règles déontologiques régissant l'exercice des professions médicales. En pratique, le médecin et ses auxiliaires sont ainsi soumis à plusieurs dispositions relatives à leur obligation de garder le secret. Pour le personnel soignant pénitentiaire en particulier, révéler des informations concernant la santé d'un patient-détenu peut avoir des conséquences pénales et civiles, voire des sanctions disciplinaires fondées sur le droit public cantonal et/ou d'ordre associatif.

Ce chapitre traite du secret médical à la lumière du droit pénal fédéral, du droit cantonal et des principales sources déontologiques en la matière. La protection du secret en droit civil et contractuel est éludée. La première relève des droits de la personnalité, qui ne concernent pas notre propos, sinon en filigrane dans le cadre de l'analyse du droit de la protection des données. La seconde est superflue, puisqu'aucun lien contractuel ne lie le médecin pénitentiaire au patient-détenu. Les règles consacrées à la protection des données feront en revanche l'objet d'un chapitre spécifique, du fait qu'elles revêtent une importance particulière dans la tenue des dossiers administratifs et de santé des détenus.

2.3.1.2 Des intervenants en milieu carcéral concernés

L'article 321 CP s'applique aux personnes qui exercent une profession médicale, c'est-à-dire le médecin, le pharmacien et le dentiste[1150], indépendamment du milieu dans lequel elles

---

la Résolution 34/169 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979, portant sur un code de conduite pour les responsables de l'application des lois (en particulier, l'art. 4).

[1147] Rapport *RD 421* de la Commission des visiteurs officiels du Grand Conseil du canton de Genève (4e année de la législature 1997-2001), déposé le 16 octobre 2001, p. 54.

[1148] Voir l'art. 37 de la proposition de *loi sur la peine et le service public pénitentiaire*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 25 juin 2003, n°970.

[1149] Le grand chantier pour l'élaboration d'une loi pénitentiaire fut entamé en partie sur la base du rapport de la commission CANIVET (2000) sur « *l'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires* ». Dénonçant le caractère « *inachevé* », « *mal ordonné* », « *déficient* » et émaillé de « *carences* » du droit pénitentiaire, cette commission invitait le législateur à le repenser dans un texte législatif *ad hoc*.

[1150] Notons que le vétérinaire n'est pas astreint au secret médical, quand bien même il exerce une profession médicale au sens de la Loi fédérale concernant l'exercice des professions de médecin, de pharmacien et de

pratiquent. Les autres membres du personnel soignant d'un établissement pénitentiaire sont astreints au secret médical s'ils revêtent la qualité d'auxiliaires du médecin. Les activités qui leur reviennent, la qualité de la personne à laquelle ils doivent rendre compte et le service auquel ils sont formellement rattachés sont parmi les éléments relevants pour leur reconnaître cette qualité. Pour illustrer notre propos, revoyons le cas du psychologue : s'il est lié au service médical et placé sous la responsabilité du chef de cette unité, il est clairement astreint au secret professionnel au sens de l'article 321 CP, en vertu de sa qualité d'auxiliaire du médecin. Si en revanche il a été engagé en tant que travailleur social, qu'il a pour mission d'évaluer les condamnés dans le prolongement de leur encadrement socio-éducatif et qu'il est formellement rattaché à ce service, il n'est pas tenu au secret médical au sens de l'article 321 CP.

En résumé, le cercle des membres du personnel soignant est à géométrie variable, en fonction de l'organisation de l'établissement, de la composition de ses unités et de leur fonctionnement. Plusieurs critères, parmi lesquels la subordination hiérarchique, le rattachement à un secteur et la nature de la tâche, permettent de constater au cas par cas si un collaborateur est ou non astreint au secret professionnel consacré par l'article 321 CP.

2.3.2 Le secret médical sous l'angle du droit pénal fédéral

L'article 321 CP[1151] est ainsi libellé :

« *Violation du secret professionnel*

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende.
Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études.

La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études.

2. 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.

3. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice ».

---

vétérinaire dans la Confédération suisse du 19 décembre 1877 (RS 811. 11). Sur l'exclusion du vétérinaire de la liste des professions soumises au secret professionnel, cf. LOHSING (1942/43), p. 80; SCHWAAB (1976), p. 42 et références citées par cet auteur.

[1151] Pour un rapide survol des travaux préparatoires ayant mené à l'adoption de cette disposition, lire NOLL (1958), pp. 234s; GRAVEN J. (1960), pp. 302s.

2.3.2.1 Portée personnelle

La violation du secret professionnel est également un délit spécial propre (*ein echtes Sonderdelikt*[1152]), puisque seules les personnes exhaustivement énumérées par cette disposition sont susceptibles d'être poursuivies[1153]. Plusieurs dispositions fédérales se sont toutefois largement inspirées de l'article 321 CP, soit qu'elles astreignent d'autres personnes, dans le cadre de leur profession, à une obligation de secret plus ou moins similaire à cette disposition[1154], soit qu'elles y renvoient expressément, sous réserve de certaines nuances[1155].

S'agissant du secret médical plus précisément, l'article 321 ch. 1 CP enjoint les personnes exerçant une profession médicale, les sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires[1156], de garder secrets tous les faits qui leur sont confiés « *en raison* » de leur profession ainsi que ceux dont ils ont eu connaissance « *dans l'exercice* » de celle-ci. Peu importe que l'activité du médecin soit à temps complet ou partiel, rémunérée ou exercée à titre gracieux ; seul compte le fait qu'il ait appris le secret dans l'exercice de sa profession[1157]. Par conséquent, les informations transmises à un médecin en tant que personne privée ne tombent pas sous le coup du secret médical[1158].

On entend par médecin « *formellement, le titulaire d'un diplôme de médecine, suisse ou étranger et, matériellement, toute personne ainsi diplômée [et autorisée à exercer] une activité de nature médicale, consistant notamment à examiner, expertiser ou traiter l'état physique ou mental de personnes humaines, à mettre des enfants au monde ou à pratiquer des autopsies* »[1159]. Sont qualifiées d'auxiliaires les personnes qui assistent le membre d'une profession médicale, « *accomplissent des actes médicaux sous sa direction* »[1160] ou, sans qu'elles y soient subordonnées, collaborent à ses activités. Sont également considérées comme telles, les personnes dont l'activité normale (« *berufmässig* »), qu'elle soit ou non à caractère proprement médical, est intimement liée à celle du membre d'une profession médicale et/ou en contact étroit avec ses patients[1161]. Il s'avère toutefois relativement complexe de définir précisément cette notion d'auxiliaire. On vérifiera par conséquent le « *degré d'intimité* »[1162], ou le « *lien de connexité* »[1163] avec l'activité médicale pour retenir ou

[1152] KELLER (1993), p. 86.
[1153] ATF 83 IV 194, 197.
[1154] Cf. art. 4 de la Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 4 octobre 1991 (LAVI ; RS 312.5).
[1155] Cf. art. 15 al. 2 de la Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (Loi sur les stupéfiants, LStup ; RS 812.121) et art. 2 de la Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse du 4 octobre 1981(RS 857.5).
[1156] CORBOZ (2002), p. 644, n°14; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2057, n°5. Les législations cantonales usent souvent de la notion de « *professions sanitaires* » pour englober les professions de la santé et les professions médicales.
[1157] SCHAFFNER (1952), p. 15 parle de « *lien de causalité entre l'activité professionnelle et le secret confié* » et CORBOZ (2002), p. 647, n°25 d'un « *lien entre la connaissance du secret et l'exercice de la profession* ».
[1158] ATF 101 Ia 10, 11.
[1159] GRAVEN P. (1975), p. 1732. Cf. également WICKI (1972), p. 15; LANGMACK (1972), p. 68; DONATSCH/WOHLERS (2004), pp. 479s, par. 112.
[1160] MARTIN-ACHARD/THEVENOZ (1985), p. 247.
[1161] Voir par exemple BJP 2/1996, n°82, p. 55 : « *Le comptable ou la secrétaire d'un médecin sont ainsi des auxiliaires au sens de l'art. 321 ch. 1, alors que sa femme de ménage ou le personnel de cuisine d'un hôpital n'en sont pas. L'employé communal qui consacre ses heures de loisirs à assister son épouse médecin dans son travail de secrétariat doit être considéré comme un auxiliaire* ». Dans le même sens, cf. REHBERG (1994), p. 341 et GUILLOD/GIAUQUE (1999), p. 57, lesquels citent le cas classique de la secrétaire médicale. Pour ROSSEL (1992), p. 262 en revanche, la femme de ménage doit aussi être considérée en tant qu'auxiliaire.
[1162] GRAVEN P. (1975), p. 1732.

non cette qualité[1164]. On constatera également sa dépendance au médecin, auquel il se peut qu'il ait à rendre compte, même indirectement[1165]. En cas de doute, il s'agira de raisonner *in casu* et à la lumière de la *ratio legis* de l'article 321 CP pour déterminer si la discrétion des auxiliaires potentiels est essentielle à la sauvegarde des intérêts protégés par le secret médical.

La liste des professionnels astreints au secret de l'article 321 CP est on l'a dit limitative[1166]. Les psychothérapeutes, les sociothérapeutes et les psychologues[1167] notamment ne sont dès lors pas tenus au secret médical au sens de l'article 321 CP, à moins qu'ils exercent leur profession en qualité d'auxiliaire d'une personne expressément mentionnée par cette disposition[1168]. Nous verrons que les personnes astreintes au secret médical énumérées par le Code pénal ne coïncident pas toujours avec celles prévues par les législations cantonales. Par exemple, la législation genevoise assujettit au secret professionnel, outre les professions de la santé de l'article 321 CP, les physiothérapeutes, les psychologues, les psychomotriciens, ou encore les ostéopathes[1169]. Tous sont dits soumis au secret professionnel[1170] et encourent en cas de violation les sanctions administratives[1171] et pénales[1172] expressément mentionnées dans la législation cantonale. Tous en revanche ne sont pas pénalement punissables au sens de l'article 321 CP. S'il est donc vrai que le devoir de discrétion et la confiance inhérente à la pratique de certaines professions - telle que celle exercée par les psychologues - sont essentielles, il ne se dégage ni de la jurisprudence, ni de la doctrine dominante la volonté d'étendre la portée personnelle de l'article 321 CP. La principale raison invoquée à ce jour pour s'y opposer concerne le droit de refuser de témoigner des personnes astreintes au secret en vertu de cette disposition. Ainsi que nous le verrons, les professionnels ici visés jouissent en effet généralement d'un droit de refuser de déposer qui leur est expressément accordé par les lois de procédure fédérales et cantonales.

S'agissant du domaine d'application qui nous intéresse, le personnel soignant exerçant en milieu carcéral n'échappe pas à l'obligation de garder le secret. Détenteur d'informations médicales, il est en effet tenu au silence.

[1163] KELLER (1993), p. 107.

[1164] Tel est le cas par exemple d'un psychologue régulièrement sollicité par un médecin pour le conseiller sur certains de ses patients et, plus généralement, de toutes les personnes qui occupent des postes en contact direct avec les patients.

[1165] Pour d'autres précisions quant à la notion d'auxiliaire, voir LOGOZ (1956), pp. 779s, n°3 lit. f; CORBOZ (2002), p. 645, n°16; POLEDNA/BERGER (2002), p. 151, n°245.

[1166] Au contraire de la solution privilégiée à l'art. 226-13 du Code pénal français, qui n'établit pas de distinction entre les différents professionnels puisque sa portée personnelle s'étend à « *tous ceux auxquels leur état ou leur profession impose l'obligation du secret en ce qui concerne les faits dont la connaissance leur est parvenue en raison de l'exercice de leur profession* ». A ce propos, cf. MAYAUD (2004), ad art. 226-13, p. 469.

[1167] TRECHSEL (1997), p. 1015, n°15; STRATENWERTH (2000), par. 59, n°17; PIQUEREZ (2000), p. 450, n°2145; CORBOZ (2002), pp. 644s, n°15; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2058, n°7.

[1168] BERGER (1970), p. 184, raisonnant sur la base de la théorie française des confidents nécessaires - certes dépassée depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal français en 1994 - dit d'eux qu'ils sont les « *grands absents de la nomenclature des professions liées au secret de l'art. 321 CP* » et avance comme motif que « *ces professions étaient pratiquement inconnues au moment des travaux préparatoires du Code pénal suisse et que, sur le plan de la méthode, le code a préféré une énumération de professions à une formule générale* ».

[1169] Art. 3 de la Loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 (RSG K 3 05).

[1170] Art. 11 de la dite loi.

[1171] Art. 115ss de la dite loi.

[1172] Art. 120ss de la dite loi.

2.3.2.2 Portée matérielle

Le secret porte sur des faits de nature médicale[1173] ou non, inconnus[1174] ou connus d'un cercle limité de personnes[1175], exacts ou inexacts[1176] et dont le maître a un intérêt objectif[1177] et la volonté[1178] à ce qu'ils restent confidentiels[1179]. Ces faits sont étroitement en rapport avec l'exercice de la profession concernée, en ce sens qu'ils ont été communiqués par le patient au personnel soignant ou observé par celui-ci « *en raison* » de sa profession[1180]. Le secret ne se limite donc pas seulement au domaine médical. Il s'étend également aux constatations auxquelles le soignant est parvenu dans l'accomplissement de son activité. Tel est le cas notamment des informations en rapport avec des difficultés conjugales ou relationnelles du patient[1181], ou celles en relation avec son comportement et sa personnalité. Les observations du soignant sont même susceptibles d'être ignorées par le principal intéressé[1182]. En outre, « *il n'est pas nécessaire que le patient attire l'attention du médecin, par exemple, sur la nécessité de garder secrètes les constatations ou les confidences : il y a présomption de secret* »[1183]. Par ailleurs, la connaissance du fait par d'autres personnes n'estompe pas son caractère confidentiel : le fait demeure secret. Enfin, il importe peu de savoir comment l'information est parvenue à la connaissance du détenteur du secret. Elle peut notamment résulter de recherches personnelles du professionnel[1184], par exemple en lisant un dossier, en assistant à une réunion, ou en interrogeant des tiers[1185]. A nouveau, l'essentiel est qu'elle soit en rapport avec la pratique médicale[1186] ; en d'autres termes, que le médecin l'ait apprise *ès qualité*.

Par voie de conséquence, et à l'instar du secret de fonction, les faits appris par le médecin en tant que simple particulier ou dans des circonstances totalement étrangères à son activité médicale ne tombent pas sous le coup du secret médical[1187]. Il en va de même pour les faits notoires et des informations déjà connues du praticien, à moins que, réitérées, elles permettent de le conforter dans ses convictions[1188]. Enfin, dans une conception rigoriste, l'obligation de secret doit être respectée à l'égard de tout tiers[1189], y compris les proches du maître du

---

[1173] Par exemple, le diagnostic, le traitement préconisé et le pronostic.
[1174] CORBOZ (2002), p. 646, n°20s.
[1175] SCHAFFNER (1952), p. 11; NOLL (1958), p. 237; REHBERG (1994), p. 342.
[1176] ATF 45 II 543, 546; REHBERG (1994), p. 342.
[1177] ATF 106 IV 131, 133 et ATF 112 Ib 606, 607. Tel est toujours le cas, ainsi que l'exprime REHBERG (1994), p. 342 *« wenn sie der Privatsphäre des Menschen zuzurechnen ist und ihre Bekanntgabe an Aussenstehende ihm in irgend einer Weise schaden oder ihn in seiner psychischen Integrität verletzen könnte* ».
[1178] SCHAFFNER (1952), p. 13.
[1179] Sur l'« *Interessentheorie* » et la « *Willenstheorie* » retenues en Allemagne pour apprécier le caractère confidentiel ou non du fait, voir SCHAFFNER (1952), p. 13. Cf. également CONSTANT (1958-59), p. 17 et KELLER (1993), pp. 46-48.
[1180] CORBOZ (2002), p. 647, n°25.
[1181] ATF 101 Ia 10, 12.
[1182] COMTESSE (1942), p. 259; KELLER (1993), p. 41.
[1183] CLERC (1945), p. 292. Dans le même sens, SCHAFFNER (1952), p. 18.
[1184] CLERC (1941), p. 2.
[1185] CORBOZ (2002), p. 648, n°28.
[1186] OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2059, n°12: « *Zwischen der Kenntnis der vertraulichen Tatsache und der beruflichen Funktion muss demzufolge ein* ***Kausalzusammenhang*** *bestehen* ». En ce sens également, voir LANGMACK (1972), p. 70; KELLER (1993), pp. 66s; TRECHSEL (1997), p. 1017, n°19.
[1187] ATF 112 Ib 606, 607; REHBERG (1994), p. 344.
[1188] DUMOULIN J.-F. (2004), p. 27.
[1189] En allemand : « *Dritte* ».

secret[1190] et les autres personnes elles-mêmes astreintes au secret[1191]. Nous verrons cependant qu'il existe des cas particuliers dans lesquels un fait justificatif légal[1192] ou extra-légal[1193] peut légitimer une révélation aux proches ou à un confrère tenu au secret.

2.3.2.3 Intérêts protégés

Deux conceptions s'opposent s'agissant de la détermination des intérêts protégés par le secret médical[1194].

Selon l'ancienne conception française notamment, le secret médical est d'intérêt public, protège un exercice des professions médicales de qualité et revêt un caractère absolu[1195]. A

[1190] La notion de « proches » est notamment définie à l'art. 110 ch. 2 CP. Nous pensons toutefois avec MANDOFIA BERNEY (2003), p. 235 que « *les rapports de parenté ne sont pas nécessairement déterminants* ». Des liens de concubinage, par exemple, peuvent suffire. L'art. 11 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003, souligne également que le secret s'oppose aux membres de la famille et aux proches du patient. Notons enfin avec MEIER P. (1996), p. 229, n° 64 qu'« *une information des proches plutôt que du patient est admise par le Tribunal fédéral (ATF 105 II 284, 288) dans les situations particulièrement critiques (…). Cette jurisprudence est toutefois contestée et contestable au regard du droit strictement personnel à l'information* » L'arrêt cité concerne une situation dans laquelle le médecin, en vertu de son privilège thérapeutique, tait les informations à son patient, mais les concède à ses proches.

[1191] EGLI (1959), pp. 102s; REHBERG (1969), p. 578 et art. 11 *in fine* du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003.

[1192] Cf. notamment nos développements *infra* consacrés à l'art. 32 CP, partie II, pt. 2.3.2.5.2.1.

[1193] Cf. nos développements *infra* relatifs à la théorie du secret partagé, partie II, pt. 2.3.2.5.3.1.

[1194] EGLI (1959), p. 102; VIRET (1972-73), pp. 225-228; GUILLOD O. (1996), p. 52; TRECHSEL (1997), p. 1012, n°1; CORBOZ (2002), pp. 640s, n°2. Cf. également CONSTANT (1958-59), pp. 8s. Cet auteur dégage trois théories sur lesquelles repose le secret médical et qui laissent présupposer les intérêts poursuivis.

[1195] Art. 378 de l'ancien Code pénal français de 1810. L'art. 226-14 du Code pénal français, entré en vigueur le 1er mars 1994 (loi n°92-683 du 22 juillet 1992), permet désormais de déroger au secret médical « *dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* » ainsi qu'en présence de « *privations ou de sévices (…) infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique* » et lorsque le médecin « *avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises*». De même, il n'y a pas atteinte au secret professionnel au sens de l'art. 226-13 si « *les professionnels de la santé ou de l'action sociale informent [l'autorité compétente] du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une* ». Sur cette disposition et son application dans le domaine médical, lire notamment LANGLOIS (2004), pp. 72s et KAMKAR (2004). La Loi française du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (loi n° 2002-303) nuance également cette conception absolue du secret. L'article 3 en particulier implique l'insertion, dans le titre Ier du livre Ier de la première partie du Code de la santé publique, d'un chapitre préliminaire qui comprend notamment : « *Art. L. 1110-4. (…) Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe* ». Et plus loin : « *En cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que le famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance définie à l'article L. 1111-6 reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part* ». En outre, « *Le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès* ». A propos de cette loi, lire notamment PRIEUR (2002) et JONAS/SENON (2003).

l'inverse, la conception germanique par exemple retient l'intérêt du patient, protège sa sphère privée et accepte la levée dans certains cas particuliers[1196].

Au sens de la jurisprudence suisse et au regard de la systématique de notre Code pénal[1197], la protection du secret médical poursuit une pluralité d'intérêts : celui du maître du secret à ce que sa santé et son intimité soient préservées[1198], celui de son détenteur - et par extension du corps médical auquel il appartient - dont la profession ne saurait être exercée sans un rapport de confiance qui le lie à son patient[1199] et dont le renom doit être préservé[1200], et celui de l'activité médicale, nécessaire à la société toute entière, à ce qu'elle puisse être menée de manière adéquate, inspirer confiance à la communauté[1201] et préserver la santé publique[1202].

La genèse de cette disposition atteste de la pluralité des intérêts protégés[1203]. L'avant-projet de Code pénal de Carl STOOSS, en 1894, prévoyait la violation du secret professionnel dans les délits contre la paix (art. 88). Il ne définissait pas les professionnels astreints à cette obligation et l'exposé des motifs précisait qu'« *il n'est pas nécessaire que le secret ait été imposé en termes exprès ; le devoir du silence résulte de la nature de la confidence et des circonstances dans lesquelles elle a été reçue* »[1204]. Sur la base des travaux préparatoires de STOOSS, la Commission d'experts aboutit en 1896 à un avant-projet de Code pénal modifié d'après ses décisions, lequel simplifiait la rédaction de l'article 88 qui demeurait au chapitre des infractions contre la paix publique (art. 94)[1205]. Une nouvelle Commission d'experts, réduite, fut alors nommée et publia en 1903 un nouvel avant-projet qui plaçait la violation du secret professionnel dans le chapitre consacré à la sécurité des personnes (art. 108) et précisait la portée de l'obligation. Les travaux reprirent pour mener la « *petite* » Commission en avril 1908 à publier *l'Avant-Projet de Code pénal suisse. Nouvelle rédaction de la Commission d'experts*. Celui-ci dressait cette fois la liste des professions astreintes au secret professionnel (art. 192). En 1911, une nouvelle « *grande* » Commission d'experts fut nommée et entama ses délibérations sur la base du texte de l'avant-projet de 1908. Ses travaux donnèrent lieu à

[1196] Sur la conception allemande des intérêts protégés par le secret médical, voir notamment LAUFS/UHLENBRUCK (1999).

[1197] GRAVEN P. (1975), p. 1730.

[1198] KELLER (1993), pp. 61s.

[1199] STRATENWERTH (2000), par. 59, n°15; KUHN H. (2001), p. 1709. Cf. également MICHELI (2002), p. 443 selon lequel « *il n'y a pas de médecine sans confiance, pas de confiance sans confidences, pas de confidences sans secret. Le malade sait qu'il peut tout dévoiler parce qu'il sait que rien ne sera révélé* ». Cet auteur reprend en fait la formule consacrée par PORTES (1954), p. 153 : « *Le secret professionnel est (…) la pierre angulaire de l'édifice médical, et il doit le rester, parce qu'il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence et de confidence sans secret* ».

[1200] SCHAFFNER (1952), pp. 23s.

[1201] FILLI (1987), p. 58; POLEDNA/BERGER (2002), p. 152, n°245. A ce propos, MANDOFIA BERNEY/UMMEL/MAURON (1995), pp. 348s relèvent très justement que « *la confidentialité représente une attente vis-à-vis de la médecine parmi les plus ancrées dans les mentalités. La rupture du secret frappe beaucoup les esprits et représente une entorse profonde à la confiance (…) Ainsi, l'importance du secret médical dans les représentations sociales crée-t-elle aussi un intérêt collectif à la sauvegarde de la confidentialité* ». Cf. également BJP 4/1951, n°258, p. 94.

[1202] FLAHAULT-RUSCONI (1998), p. 108. HARDING (1995), p. 417 rend compte ici de la « *justification utilitariste* » du secret médical : « *c'est en effet dans l'intérêt général de la santé publique que les malades peuvent consulter librement, sans craindre que les informations qui pourraient leur causer un préjudice ne soient divulguées à des proches, aux autorités ou à leur employeur* ». Cf. également les ATF 87 IV 105, 108 et 75 IV 71, 74 ainsi que l'art. 19 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003, dont la note marginale s'intitule « *Le médecin au service de la santé publique* ».

[1203] SIEBEN (1943), pp. 31ss.

[1204] Sur la genèse de cette disposition, cf. WERNER (1907), pp. 172ss.

[1205] WERNER (1907), p. 177; HEIM (1944), p. 39.

l'avant-projet de 1916, qui intégra la violation du secret professionnel dans le chapitre dix-huitième du Code, consacré aux devoirs de fonction et de profession (art. 287). L'article 285 du projet de Code pénal, sinon quelques différences de rédaction, était similaire à l'article 287[1206]. A la lecture des travaux préparatoires, on constate que l'obligation se fonde à la fois sur l'intérêt privé à la protection du secret et sur l'intérêt public à l'accomplissement d'un exercice professionnel qui soit digne de confiance.

En raison de cette pluralité d'intérêts qui peuvent s'avérer divergents, il est difficile de déceler celui qui prime. La doctrine confirme cette assertion : elle reste divisée sur la question de savoir si l'un des intérêts doit être privilégié aux dépens de l'autre, ou si les deux intérêts visés doivent être appréhendés sur un pied d'égalité[1207]. Pour SCHÖNLE et KERNEN, par exemple, l'article 321 CP poursuit principalement la protection de l'intérêt public[1208]. Le fait que l'intéressé ait à déposer plainte pour que la violation du secret médical soit poursuivie et qu'il puisse lui-même renoncer au secret pousse en revanche certains auteurs à admettre que l'intérêt privé au maintien de la confidentialité prime sur les autres intérêts[1209]. Plusieurs législations cantonales retiennent en outre la protection de la sphère privée du patient comme finalité du secret médical[1210]. D'aucuns estiment enfin qu'il n'y a pas lieu de hiérarchiser les intérêts en jeu, que « *tous doivent être pris en compte dans l'interprétation de la norme* »[1211].

2.3.2.4 Portée temporelle

Le secret médical persiste par-delà la mort de son maître[1212] et la cessation de l'activité professionnelle de son détenteur[1213]. Le médecin reste donc toute sa vie durant astreint au secret professionnel. Après sa mort en revanche, la protection pénale du secret ne vaut pas pour ses héritiers[1214]. En outre, la transmission *post mortem* et après la cessation des activités des dossiers à un confrère, à un service public ou à une association professionnelle est admise et généralement prévue dans les législations sanitaires cantonales, non seulement pour éviter que ces documents ne fassent l'objet d'un mésusage, mais également pour assurer la continuité de la prise en charge médicale[1215].

La doctrine reste divisée sur la question de savoir si, après le décès du maître du secret, ses héritiers et/ou ses proches ont qualité pour consentir à la révélation ; de même, en cas de

---

[1206] Sur cette disposition, cf. en particulier CONSEIL FÉDÉRAL, *Message à l'appui d'un projet de code pénal suisse* du 23 juillet 1918 ; FF 1918 IV 1, 74 et 196 ; Bulletin sténographique du Conseil national, 1929, pp. 613-615 et 1936, pp. 1097s ; Bulletin sténographique du Conseil des Etats, 1931, pp. 671s et 1936, pp. 253s.
[1207] RUCKSTUHL (1999), pp. 39s; STAUFFER/PERRENOUD (2003), p. 9.
[1208] SCHÖNLE/KERNEN (1976), p. 158. Dans le même sens également, voir AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE (1995), p. 94 qui s'appuyent sur l'ATF 87 IV 105.
[1209] Par exemple SCHAFFNER (1952), p. 28.
[1210] Cf. *infra*, partie II, pt. 2.3.3.
[1211] DUMOULIN J.-F. (2004), p. 22. Voir aussi KELLER (1993), p. 64.
[1212] TRECHSEL (1997), p. 1016, n°17; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2059, n°14.
[1213] DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 482, par. 112.
[1214] Sur la question, lire l'article très complet de CHAUDET/HEINZER (1997). Le secret demeure néanmoins protégé par les règles y relatives de droit privé.
[1215] Cf. par exemple l'art. 14 du Règlement neuchâtelois concernant l'exercice des professions médicales et des autres professions de la santé du 2 mars 1998 (RS NE 801.100) ; l'art. 67 al. 3 de la Loi valaisanne sur la santé du 9 février 1996 (RS VS 800.1) et l'art. 59 al. 3 de la Loi fribourgeoise sur la santé du 16 novembre 1999 (RS FR 821.0.1).

violation, s'ils ont qualité pour porter plainte[1216]. Sous un angle rigoureusement positiviste, le consentement donné est un droit strictement personnel ; dès lors les héritiers et/ou les proches du défunt ne devraient pas disposer du droit à consentir à la révélation, ni même avoir qualité pour porter plainte[1217]. A notre sens toutefois, certains secrets impliquent intimement les proches du défunt, soit que des informations les concernant directement soient couvertes par le secret en question, soit qu'ils aient directement participé à sa "construction" en tant que source d'informations. Le droit de consentir, après le décès, à sa révélation[1218], respectivement de porter plainte en cas de violation[1219], devrait donc dans ces cas leur être reconnu.

2.3.2.5 Révélation non punissable

Le secret médical, tel que le législateur suisse l'a conçu au début du siècle dernier, n'est pas absolu. La révélation du secret médical peut être licite en vertu d'un fait justificatif général contenu aux articles 32 à 34 CP ou d'une exception expressément prévue à l'article 321 CP. Elle peut l'être également en vertu d'un fait justificatif extra-légal tiré de la pratique. Cette relativité du secret impose constamment une pesée des intérêts en présence, afin de déterminer qui l'emporte entre le devoir ou le droit de se taire d'une part, et le devoir ou le droit de parler, d'autre part.

2.3.2.5.1 Faits justificatifs spéciaux

L'article 321 ch. 2 et 3 CP prévoit quatre voies de levée du secret professionnel : le consentement du maître du secret, l'autorisation écrite de l'autorité supérieure ou de surveillance et l'obligation, prescrite par la loi, de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.

2.3.2.5.1.1 Consentement du patient

Ainsi que le mentionne expressément le chiffre 2 de l'article 321 CP, « *la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé* »[1220]. Aucune raison ne s'oppose en effet à ce que l'on déroge au secret médical si le patient y consent de manière libre et éclairée[1221] et ce, dans la mesure où le secret est notamment institué dans l'intérêt de ce dernier. Le consentement éclairé implique que le médecin informe de manière exhaustive

[1216] Sur ce point, cf. PIOTET (1996), p. 337 et références citées.
[1217] NOLL (1958), p. 244; FILLI (1987), p. 69. Dans le même sens, cf. l'ATF 87 IV 105, 106. Cette jurisprudence refute à des parents la qualité pour porter plainte contre le médecin ayant révélé la cause du décès de leur enfant, sous prétexte que ce dernier n'est pas lésé par la révélation. La qualité pour porter plainte leur est octroyée uniquement à titre de lésé ***direct*** par la révélation découlant du rapport de fiducie qui les lie au soignant par eux mandaté, conformément à leur devoir d'entretien au sens de l'article 272 CC.
[1218] Dans le même sens, cf. CLERC (1941), p. 3; TRECHSEL (1997), p. 1020, n°26.
[1219] Cf. *infra*, partie II, pt. 2.3.2.5.1.1.
[1220] Tel que le postule le principe de droit romain « *volenti non fit injuria* ». Cf. Digeste 47, 10, 1, 5. En droit civil aussi, le consentement de la victime rend licite l'atteinte à sa personnalité. Cf. art. 28 al. 2 CC, ainsi que les art. l3 al. 1er et 19 al. 1er lit. b LPD.
[1221] Sur le consentement libre et éclairé du patient, lire l'ouvrage de référence en la matière de GUILLOD O. (1986).

son patient[1222], que ce dernier saisisse les conséquences d'une éventuelle révélation et que sa décision soit exempte d'erreur ou de contrainte. Le patient doit vouloir délier, tout en sachant ce à quoi il consent[1223]. Il peut décider de limiter sa renonciation au secret à l'égard de certaines personnes déterminées, à certains faits particuliers uniquement et/ou selon un protocole spécifique, par exemple quant au moment et aux circonstances de la révélation[1224].

Le patient doit en outre être capable de discernement[1225]. Si l'intéressé est incapable de discernement, il est concevable qu'un tiers consente à sa place. Nous sommes d'avis en effet que le droit de lever le secret est un droit strictement personnel susceptible de représentation. C'est alors « *logiquement la personne pouvant accéder aux informations contenues dans le dossier du patient qui doit être considérée comme habilitée à délier le médecin, pour autant qu'elle agisse dans l'intérêt du patient* »[1226], c'est-à-dire le plus souvent son représentant légal[1227] ou privé[1228]. Faute de représentant et en l'absence de directives anticipées[1229] valables, il convient pour le médecin de requérir l'autorisation de l'autorité supérieure compétente afin qu'elle le délie de son secret. Certaines législations cantonales admettent néanmoins que le médecin agisse en-dehors de cette autorisation, pour autant qu'il le fasse au plus près des intérêts objectifs et de la volonté présumée de son patient[1230]. En dernier ressort, il est envisageable que le médecin invoque l'article 32 CP, voire l'article 34 CP, si le critère d'immédiateté est rempli.

A ce propos, les majeurs condamnés à une peine privative de liberté devraient être, aux termes de l'article 371 CC, pourvus d'un tuteur (interdiction civile). Dans la pratique actuelle toutefois, le détenu n'est que très rarement placé sous tutelle[1231], à moins qu'il n'existe un

---

[1222] Sur le devoir d'information du médecin, respectivement le droit à l'information libre et éclairée du patient, voir notamment SJ 1981, n°38, p. 607; ATF 117 Ib 197; RÜEDI (1995), pp. 377s; MANDOFIA BERNEY/UMMEL/MAURON (1995), pp. 350-358; GUILLOD O. (2003), pp. 35s; CLEMENT/HÄNNI/SPRUMONT (2003), pp. 72-74; MANAÏ (2003*a*); MANAÏ (2004*b*) et autres références aux décisions du TF citées par cette dernière. Il en découle que le secret médical n'est dans la règle pas opposable à son maître. L'art. 10 par. 1er du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003, consacre également le devoir d'information du médecin en ces termes : « *Le médecin fournit au patient une information compréhensible sur les investigations diagnostiques et les mesures thérapeutiques envisagées, les résultats d'examens, le pronostic et les risques, ainsi que sur les autres possibilités de traitement* ».

[1223] KUHN H. (2001), p. 1710 nous rappelle ainsi qu'« *il s'agit donc des mêmes critères que pour le consentement éclairé du patient avant une opération (…)* ».

[1224] MICHELI (2002), p. 452 le formule en ces termes : « *Le patient (…) n'est pas seulement maître du secret, mais encore du moment, de l'objet et du destinataire de la révélation* ». Cf. également LOGOZ (1956), p. 781, n°8 lit. a et CORBOZ (2002), p. 651, n°49. NAVILLE (1946), p. 83 relève que « *le médecin ne doit pas se contenter d'une autorisation générale ; il doit faire préciser assez exactement au malade sur quel point et vis-à-vis de qui il autorise la révélation* ».

[1225] Art. 16 CC.

[1226] GUILLOD O. (2001), p. 3. *Contra* RÖTHLISBERGER (1982), p. 334.

[1227] Cf. par exemple l'art. 23 al. 2 de la Loi de santé du canton de Neuchâtel du 6 février 1995 (RS NE 800.1).

[1228] C'est-à-dire le « *représentant thérapeutique* », préalablement désigné par la personne désormais incapable de discernement, pour agir dans ses intérêts. Cf. par exemple l'art. 23*c* al. 1 de la Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSVD 800.01).

[1229] L'existence de directives anticipées est encore rare de nos jours, tel que le souligne MARTIN-ACHARD (2003*b*), p. 110.

[1230] Cf. par exemple l'art. 33 al. 2 et 3 de la Loi valaisanne sur la santé du 9 février 1996 (RSVS 800.1) et l'art. 23*c* al. 3 de la Loi vaudoise sur la santé publique. Il est intéressant de relever que l'art. 56*b* de cette loi renvoie expressément au mécanisme de l'art. 23*c*, s'agissant de la recherche du consentement d'un détenu incapable de discernement.

[1231] DESCHENAUX/STEINAUER (2001), p. 44, n°138; BRÄGGER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 447, n°20. En 1980, STETTLER (1980), p. 81 dit de l'interdiction résultant de la condamnation à une peine privative de liberté

sérieux besoin de protection[1232]. Le cas échéant, et en vertu de l'article 19 al. 2 CC, le détenu capable de discernement, au même titre que la personne mineure capable de discernement[1233], peut de toute manière exercer librement ses droits strictement personnels proprement dits[1234]. Le détenu peut dès lors seul, sans avoir à en référer à son tuteur, délier le médecin du secret professionnel.

Dans la règle, seul le patient peut consentir à la levée, même s'il n'a pas communiqué directement l'information qu'il couvre, par exemple dans le cas où le soignant l'a constatée par lui-même. Le Tribunal fédéral estime que « ***Der Patient*** [nous soulignons] *ist der Berechtigte im Sinne von Art. 321 Ziff. 2 StGB, welcher den Arzt vom Berufsgeheimnis befreien kann* »[1235]. A notre sens, la notion de « maître du secret » est plus étendue que celle de « patient ». En effet, il est relativement fréquent que le médecin obtienne des informations sur son patient de tierces personnes et, inversement, que le patient lui révèle des informations sur des tiers. Ceux-ci peuvent dès lors avoir également un intérêt légitime à ce qu'elles ne soient pas divulguées[1236]. Par conséquent, nous pensons notamment avec GUILLOD[1237] et REHBERG[1238] que si le fait confidentiel relève de plusieurs intéressés, leur consentement devrait être requis, peu importe qu'ils revêtent ou non le statut de patient[1239]. C'est précisément dans ce cadre et de façon imagée que l'on peut dire de ces personnes qu'elles deviennent en quelque sorte maîtres du secret "par procuration"[1240].

---

qu'elle est « *un handicap, non seulement par rapport à la réalisation des objectifs dits de rééducation du condamné, mais plus particulièrement encore par rapport à sa réinsertion sociale, lorsque la tutelle ne prend pas fin en même temps que la détention (art. 432 al. 2 CCS* », c'est-à-dire, typiquement, qu'elle perdure durant la libération conditionnelle. Il plaide de ce fait en faveur de l'abrogation de l'art. 371 CC.

[1232] SURBER (1998), p. 25; SCYBOZ/GILLIERON/SCYBOZ (2004), ad art. 371, p. 208. Cf. également l'ATF 109 II 8, 11s.

[1233] Déterminer l'âge auquel on acquiert cette capacité est une question d'appréciation. A ce propos, voir MARTIN/GUILLOD (2000), p. 2051. Sur la position délicate du médecin d'un mineur à l'égard du besoin d'informations le concernant de ses parents ou de son tuteur et les conflits d'intérêts qui découlent de cette situation souvent périlleuse pour le maintien du secret du patient, lire REHBERG (1968). Sur le secret professionnel mis à mal par l'exercice de la puissance parentale, lire LAHAYE (1980). Bien qu'elle s'inscrive dans le contexte de l'ancien droit français, l'approche privilégiée par cet auteur, à la fois juridique et sociologique, est riche d'enseignements.

[1234] GUILLOD O. (1986), p. 246; DESCHENAUX/STEINAUER (2001), p. 69, n°228s.

[1235] ATF 97 II 369, 370.

[1236] Pour de plus amples développements à ce propos, voir RUCKSTUHL (1999), pp. 72ss.

[1237] Cf. GUILLOD O. (1996), p. 55 : « *Lorsque l'information concernant le patient a été transmise au médecin par un tiers (ou lorsque le patient fournit des renseignements sur un tiers au médecin), il faut considérer qu'il y a deux maîtres du secret : le patient et le tiers. Cela signifie que tous deux sont habilités à porter plainte et que le médecin doit se faire délier par tous les deux avant de pouvoir révéler l'information en cause* ».

[1238] REHBERG (1969), p. 579. Dans le même sens, SCHAFFNER (1952), p. 35; TRECHSEL (1997), p. 1020, n°26; CORBOZ (2002), p. 651, n°46; ATF 87 IV 105, 109s; BJP 4/1963, n°178, p. 111.

[1239] *Contra* : MEIER P. (1996), p. 214, n° 27. Cet auteur estime que le mandataire tutélaire qui fournit des informations concernant son client au médecin ne peut revêtir la qualité de maître du secret car il « *n'a pas de pouvoir de disposition sur le secret* ». Seul revêt cette qualité son client. *Contra* également RÖTHLISBERGER (1982), pp. 334s. Quant à LANGMACK (1972), p. 74, il propose une solution alternative - relativement alambiquée à notre sens - selon que les faits scellés par le secret concernant des tiers ont été portés à la connaissance du soignant soit par le patient, soit par une autre voie, ou lui ont été révélés directement par les tiers dont il est question.

[1240] Cf. nos développements *supra*, partie I, pt. 1.3.3.1.

Le consentement n'est subordonné à aucune forme particulière ; il peut être écrit, oral, tacite ou résulter d'actes concluants[1241]. Dans ce dernier cas, le patient doit avoir *« exprimé clairement, par son comportement, la volonté de renoncer au secret »*[1242]. L'étendue du consentement doit être examinée sous l'angle du principe de la proportionnalité. « *Cela signifie que le consentement ne couvre que la révélation des données dont la communication est indispensable à atteindre l'objectif en vue duquel le consentement a été donné. Un consentement anticipé sous forme de blanc-seing total (autorisation de révéler en tout temps toutes informations à tout tiers) serait dépourvu d'effets juridiques, en raison de l'article 27 al. 2 CC qui prohibe les engagements excessifs* »[1243].

Il se pose la question de savoir si le médecin, ainsi délié, peut ou doit dévoiler. Cette question est controversée[1244]. La doctrine majoritaire est d'avis que le médecin n'est pas tenu de suivre le consentement du maître du secret et que c'est à lui que revient, en dernier ressort et eu égard aux intérêts en présence, la décision de révéler ou non[1245]. Le médecin se substitue ici en quelque sorte au patient. Il devient "maître suppléant" du secret, puisqu'il lui appartient seul et en tout dernier recours de décider de sa révélation. Il est vrai que le patient, novice dans le domaine médical et ignorant parfois certains aspects de sa maladie, pourrait être enclin à consentir à mauvais escient. Nous sommes d'avis néanmoins que le praticien doit honorer le consentement libre et éclairé de son patient capable de discernement, qui, rappelons-le, est le maître du secret. Nous rejoignons en ce sens MARTIN et GUILLOD selon lesquels « *ce n'est qu'exceptionnellement que le thérapeute pourrait être déontologiquement légitimé à refuser de parler alors que le patient lui est convaincu que c'est dans son intérêt. On ne saurait faire qu'un usage tout à fait limité de cette éventualité* »[1246]. Il en va du respect de son droit à l'autodétermination[1247], lequel est déduit des articles 10 al. 2[1248] et 13 Cst[1249], ainsi que de l'article 8 CEDH[1250].

2.3.2.5.1.2 Autorisation de l'autorité compétente

L'article 321 ch. 2 CP prévoit également que la révélation n'est pas punissable si, « *sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a*

[1241] TRECHSEL (1997), p. 1020, n°26; REHBERG (1999), ad art. 321, p. 480; STRATENWERTH (2000), par. 59, n° 22; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2061, n°18. Cf. également les ATF 106 IV 131, 133 et 98 IV 217, 218.

[1242] BJP 3/2000, n°803, p. 75.

[1243] GUILLOD O. (1996), p. 57. Sur ce point, cf. également ROSSEL (1992), pp. 255s.

[1244] Elle est en revanche claire s'agissant des avocats. En effet, aux termes de l'art. 13, al. 1er, 2ème phrase de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA; RS 935.61), le fait pour l'avocat d'être délié de son secret professionnel par le consentement de son client ou l'autorisation de l'autorité de surveillance ne le contraint pas à révéler ce qui lui a été confié. En optant pour cette solution, le législateur a clairement marqué la primauté de l'intérêt public. Dans le même sens, RONDI (2003), p. 27 et p. 43. *Contra* : CORBOZ (1993), p. 80, bien que l'articulation de ses arguments puisse prêter à confusion.

[1245] Cf. notamment SJ 1978 n° 36, p. 561; HEIM (1944), p. 90; SCHWAAB (1976), p. 59; FILLI (1987), p. 66; DE ROUGEMONT (2002), p. 82; GOUMAZ (2002), p. 473; STROUN/BERTRAND (2003), p. 168.

[1246] MARTIN/GUILLOD (2000), p. 2048. Dans le même sens, voir notamment KUHN H. (2001), p. 1710.

[1247] Pour DUCOR (2003), p. 84, l'autodétermination est « *un principe permettant au patient de déterminer lui-même ce qui est son bien ; le médecin l'assiste en le conseillant* ». Pour de plus amples développements sur le droit à l'autodétermination du patient, lire MANAÏ (1999), pp. 133-138.

[1248] STEFFEN (2004), p. 36.

[1249] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *vol. II* (2000), p. 155, n°308.

[1250] CLEMENT/HÄNNI/SPRUMONT (2003), p. 55.

autorisée par écrit ». La règle veut que le médecin requière en priorité le consentement de son patient, subsidiairement seulement saisisse l'autorité compétente pour l'en affranchir[1251]. En effet, il peut arriver que le maître du secret refuse de manière abusive de consentir à la révélation ou que son consentement s'avère impossible à obtenir en raison de son incapacité de discernement, de son décès ou de sa disparition[1252]. Plus généralement, lorsque le médecin, en l'absence du consentement de son patient, hésite entre parler ou se taire, il peut déposer une requête en libération du secret limitée aux éléments strictement nécessaires à l'autorité pour rendre sa décision[1253]. Dans sa proposition, il doit conclure à l'autorisation de révéler le secret en raison d'un ou plusieurs intérêt(s) privé(s) et/ou public(s) qu'il estime prépondérant(s). En effet, « *on ne saurait admettre qu'il se contente de poser une question à l'autorité, à charge pour elle de le conseiller sur ce qu'il devrait faire* »[1254]. Par ailleurs, l'autorité compétente ne peut de sa propre initiative se pencher sur un cas. Elle ne peut en outre être saisie sur requête d'un tiers ; seul le détenteur du secret est habilité à la solliciter[1255].

La forme de la demande de levée n'est pas spécifiée à l'article 321 ch. 2 CP, mais il est recommandé au médecin d'adresser sa requête sous la forme écrite[1256], à moins qu'il ne s'agisse d'un cas urgentissime. Seule la forme écrite de l'autorisation est expressément requise.

En pratique, le médecin informera dans la mesure du possible le patient de sa volonté de déposer une requête de levée auprès de l'autorité compétente, à moins, comme le souligne MARTIN, qu'il soit confronté à des cas limites, tel qu'un patient qui profère à l'égard d'un tiers des menaces graves et dignes d'être prises au sérieux[1257].

L'autorité compétente pour se prononcer n'est pas précisée par le Code pénal. Il s'agit en fait de l'instance du lieu où exerce le praticien au moment du dépôt de la demande, et non celle du lieu où il entend révéler le secret[1258]. Il revient à chaque canton de la déterminer dans sa composition et son fonctionnement, d'où la disparité des dites autorités. Elle est toutefois le plus souvent rattachée au département cantonal en charge des affaires sanitaires.

S'agissant des professions médicales, les situations sont très diverses, tel que le démontre ce rapide survol limité aux cantons romands et au Tessin. A *Neuchâtel*, le Département de la santé et des affaires sociales, sur préavis du médecin cantonal, peut libérer un médecin du secret professionnel[1259]. Dans le canton de *Fribourg*, cette décision revient à la Direction de la

---

[1251] BOLL (1983), p. 5; KELLER (1993), p. 161.
[1252] CORBOZ (2002), p. 652, n°51. Pour d'autres raisons encore, cf. BOLL (1983), p. 52.
[1253] MANDOFIA BERNEY/UMMEL/MAURON (1995), p. 363. Pour un exemple récent d'une demande de levée du secret auprès de la Commission genevoise de surveillance des activités médicales dans une affaire dont a beaucoup parlé la presse, lire F. MANSOUR, *Le poids du secret la pousse à confesser un crime parfait. Elle avait tué père et mère*, in *Le Temps* du 19 juin 2004.
[1254] SCHAFFNER (1952), p. 50.
[1255] BLANCHARD (2003*a*), p. 762; STAUFFER/PERRENOUD (2003), p. 14.
[1256] Certains cantons ont à cet effet expressément prévu des formulaires *ad hoc*. A ce propos, cf. GMÜR (2004), p. 1765.
[1257] MARTIN/GUILLOD (2000), p. 2050.
[1258] KELLER (1993), p. 154. Dans le même sens, s'agissant de l'autorité compétente pour délier un avocat, cf. BJP 3/1952, n° 192, p. 92.
[1259] Art. 63 al. 1er de la Loi de santé du 6 février 1995 (RSN 800.1) et art. 1er al. 4 du Règlement provisoire d'exécution de la loi de santé du 31 janvier 1996 (RSN 800. 100).

santé publique et des affaires sociales, sur préavis également du médecin cantonal[1260]. Seul le médecin cantonal est compétent dans le canton du *Jura*. Bien qu'il n'y soit pas lié, il est invité à s'appuyer sur la proposition du praticien qui le sollicite pour rendre sa décision[1261]. Dans le canton de *Vaud*, l'autorité compétente pour se prononcer sur la levée est une délégation de deux des seize membres du Conseil de santé, composée du médecin cantonal et du procureur général[1262]. Si ces personnes ne sont pas disponibles, elles sont remplacées respectivement par un autre médecin et par un autre juriste du Conseil de santé[1263]. Dans le canton du *Valais*, l'instance de levée est une commission *ad hoc*, établie dans chaque cas particulier par le département en charge des affaires sanitaires et composée du médecin cantonal, d'un professionnel de la santé extérieur au service de la santé publique et d'un juriste[1264]. Pour le canton du *Tessin*, la décision de levée revient au médecin cantonal[1265]. Enfin, dans le canton de *Genève*, la commission de surveillance des activités médicales délègue à au moins trois de ses membres la compétence de décider de la levée du secret d'un professionnel exerçant au sein d'un établissement public. Si la requête présente un caractère d'extrême urgence, le président de la commission ou, en son absence, le vice-président, peut statuer à titre provisionnel[1266].

Il convient ici de rappeler la dualité du système genevois qui différencie clairement le médecin exerçant à titre privé de celui pratiquant au sein d'une institution publique. La commission de surveillance *des activités médicales* doit par conséquent être distinguée de la commission de surveillance *des professions de la santé*. Instituée par l'article 17A de la Loi sur les établissements publics médicaux[1267], la commission de surveillance des activités médicales est composée de seize membres et régie par deux Règlements spécifiques[1268]. Elle est compétente pour examiner « *toutes les affaires se rapportant aux activités médicales se déroulant à l'intérieur des établissements [publics médicaux]* »[1269], parmi lesquels l'Institut universitaire de médecine légale[1270], dont certains des collaborateurs exercent auprès des personnes incarcérées. Instituée par les articles 4 al. 3 et 103ss de la Loi sur l'exercice des professions de la santé[1271], la commission de surveillance des professions de la santé connaît

[1260] Art. 90 al. 1er de la Loi sur la santé du 16 novembre 1999 (RSF 821.0.1)
[1261] Art. 58 de la Loi sanitaire du 14 décembre 1990 (RSJU 810.01). Voir aussi la disposition y relative dans chacune des ordonnances portant sur l'exercice d'une profession sanitaire en particulier. Cf. par exemple, l'art. 14 al. 3 de l'Ordonnance concernant l'exercice de la médecine du 7 septembre 1993 (RSJU 811.111).
[1262] Art. 32 al. 1er du Règlement sur le médiateur, sur l'organisation des Commissions d'examen des plaintes de patients, sur le fonctionnement du Conseil de santé et sur la procédure en matière de sanctions et de retrait l'autorisation du 17 mars 2004 (RSVD 811.03.1).
[1263] Art. 32 al. 2 dudit Règlement ; art. 12 et art. 13 al. 5 de la Loi sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSVD 800.01).
[1264] Art. 12 de la Loi sur la santé du 9 février 1996 (RSVS 800.1).
[1265] Art. 20 al. 3 de la Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario du 18 avril 1989 (RST 6.1.1.1).
[1266] Art. 6 al. 1er du Règlement relatif à la commission de surveillance des activités médicales du 6 mai 1987 (RSG K 2 05.12).
[1267] Loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (RSG K 2 05).
[1268] Le Règlement concernant l'élection de la commission de surveillance des activités médicales du 1er février 1984 (RSG K 2 05.08) et le Règlement relatif à la commission de surveillance des activités médicales du 6 mai 1987.
[1269] Art. 17C al. 1er de la Loi sur les établissements publics médicaux précitée.
[1270] Rattaché aux Hôpitaux universitaires de Genève (art. 2 de son Règlement), eux-mêmes désignés comme étant des établissements publics médicaux (art. 1er de la Loi sur les établissements publics médicaux).
[1271] Loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 (RSG K 3 05). Cf. également le Règlement relatif à la commission de surveillance des

en revanche des actes des professionnels de la santé qui exercent à titre privé[1272]. Composée de plus d'une quinzaine de membres[1273], elle est l'autorité compétente pour délier de leur secret cette catégorie de professionnels[1274]. Deux commissions différentes remplissent dès lors la qualité d'autorité de surveillance prévue à l'article 321 ch. 2 CP. Par conséquent, selon que le professionnel de la santé est un praticien privé ou un médecin rattaché au secteur public, la requête en levée du secret est déposée soit auprès de l'une, soit auprès de l'autre[1275].

La question de savoir si la demande doit ou non mentionner le nom du maître du secret demeure controversée. Pour y répondre, une partie de la doctrine recourt à une décision de notre Cour suprême rendue en 1994[1276]. Selon les auteurs qui s'y réfèrent, « *l'identité du maître du secret devrait figurer dans la demande de levée, afin de lui permettre de se prévaloir le cas échéant des voies de recours garanties par l'article 6 CEDH* »[1277]. L'autorité compétente devrait dès lors en particulier lui accorder le droit d'être entendu[1278]. Tel n'est cependant pas toujours le cas en pratique, étant donné que sont parfois admises des requêtes ne mentionnant pas le nom du patient[1279]. Par ailleurs, la décision devrait également respecter les règles régissant la reddition des décisions administratives[1280]. Elle devrait donc notamment être motivée et pouvoir faire l'objet d'un recours[1281]. En résumé, chaque canton devrait s'entourer des garanties procédurales requises, sous peine d'incompatibilité avec la CEDH, et dans l'idéal converger vers un système uniformisé au plan national.

A titre d'exemples, dans le canton de *Genève*, les deux parties (patient et médecin) peuvent recourir contre la décision de l'autorité de surveillance auprès du Tribunal administratif[1282]. Il est admis néanmoins que la commission déclare certaines décisions de levée « *exécutoires nonobstant recours* », en raison du caractère urgentissime de la requête. Il ne reste alors au patient qui s'oppose à la levée que la possibilité de recourir au Tribunal administratif pour obtenir l'effet suspensif du recours[1283]. Dans le canton du *Valais*, les décisions de l'autorité compétente peuvent faire l'objet d'un recours administratif[1284]. Il est prévu au *Tessin* un recours au Conseil d'Etat puis au Tribunal cantonal administratif contre la décision du médecin cantonal[1285]. Dans tous les cas, il est bien entendu que le patient dispose de la

---

professions de la santé du 9 novembre 1983 (RSG K 3 05.20) et le Règlement concernant la constitution de la commission de surveillance des professions de la santé du 9 novembre 1983 (RSG K 3 05.24).

[1272] Sur cette commission, son rôle et les décisions qu'elle a été amenée à rendre durant la première décennie de son activité, cf. RESTELLINI/DUMOULIN (1994); BLANCHARD (2003*b*).

[1273] Outre les sept membres qui y siègent « *de droit* », sont nommés par le Grand Conseil un membre par parti représenté en son sein et huit membres désignés par le Conseil d'Etat. La commission peut par ailleurs recourir à un spécialiste d'une profession non représentée lorsqu'elle l'estime nécessaire. Cf. art. 103 de ladite loi.

[1274] Art. 105 al. 7 de ladite loi.

[1275] Pour des exemples de cas soumis aux commissions de surveillance genevoises des activités médicales et, respectivement, des professions de la santé, voir BLANCHARD (2003*a*), p. 764.

[1276] Arrêt non publié du 23 décembre 1994 dans la cause *D. c. Commission de surveillance genevoise des professions de la santé*.

[1277] Cf. STAUFFER/PERRENOUD (2003), p. 15.

[1278] Dans le même sens, cf. ATF 2P. 77/1994 du 23 décembre 1994 et la décision rendue dans une affaire de dopage par le Tribunal administratif du canton de Genève, du 28 mai 1999, in RDAF 1/2 2000, p. 120.

[1279] GMÜR (2004), p. 1765.

[1280] KELLER (1993), p. 155; REHBERG (1994), p. 352.

[1281] Sur ces questions, lire également UMMEL/RESTELLINI (1994), p. 363.

[1282] Art. 17C al. 6 de la Loi sur les établissements publics médicaux (RSG K 2. 05).

[1283] BLANCHARD (2003*a*), p. 764.

[1284] Art. 12 al. 2 de la Loi sur la santé du 9 février 1996 (RSVS 800.1).

[1285] Art. 20 al. 4 de la Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario du 18 avril 1989 (RST 6.1.1.1).

possibilité d'intenter un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral, notamment pour violation du droit constitutionnel d'être entendu[1286].

Par ailleurs, le Code pénal reste muet sur les critères que doit retenir l'autorité pour apprécier l'opportunité de délier le praticien de son secret. Il appartient alors à chaque canton de préciser la procédure suivie par son autorité compétente pour examiner les requêtes qui lui sont adressées[1287]. Ce silence de la loi induit également un manque d'uniformité dans la reddition des décisions[1288].

Les personnes appelées à se prononcer sur une demande de levée du secret médical sont dans tous les cas astreintes au secret de fonction, non seulement au sens de l'article 320 CP, mais également en vertu de la législation cantonale qui institue l'autorité au sein de laquelle elles siègent[1289]. En principe, elles entendent le maître du secret[1290], puis procèdent à une pesée des intérêts en présence[1291]. L'autorité n'accorde donc son autorisation que si un intérêt public ou l'intérêt de tiers à la révélation prime sur l'intérêt privé au maintien du secret. Cette autorisation administrative a pour conséquence l'impunissabilité du détenteur qui viendrait à révéler le secret aux conditions postulées dans l'autorisation, s'il le juge finalement opportun, puisqu'il demeure libre de dévoiler ou non[1292]. Les effets de l'autorisation sont par conséquent similaires à ceux du consentement de l'intéressé et suscitent dès lors la controverse évoquée précédemment, à savoir si le médecin, une fois délié, est ou non libre de parler. L'intérêt public au maintien de la confiance dans la relation médecin-patient est l'argument le plus souvent avancé pour laisser cette liberté d'appréciation au médecin ainsi délié[1293]. Nous estimons pour notre part que l'autorisation de l'autorité compétente est dans tous les cas le fruit d'une profonde réflexion dans la pesée des différents intérêts en jeu et qu'elle devrait dès lors être suivie par le praticien.

Qu'advient-il de la demande de levée du secret requise par le « **médecin fonctionnaire** » ? Nous avons vu que seule l'autorisation de l'autorité supérieure peut le délier du secret de fonction auquel il est tenu. Or, le « médecin fonctionnaire » est également astreint au secret médical, dont il peut être libéré par le consentement de son patient, à défaut par l'autorité compétente désignée à l'article 321 CP. Ces deux obligations et les règles qui les régissent sont en l'espèce complémentaires et non exclusives[1294]. Pour se voir délié, le « médecin fonctionnaire » doit-il alors recueillir et l'autorisation de son autorité hiérarchiquement supérieure, et le consentement du patient, à défaut l'accord de l'autorité compétente prévue à l'article 321 CP ? Ou le respect de l'une seulement de ces voies de levée suffit-elle ? Cette

---

[1286] L'art. 29 Cst. confère en effet à toute personne le droit d'être entendu dans la procédure - judiciaire ou administrative - la concernant.

[1287] Sur la procédure et l'instruction des cas par devant les commissions de surveillance genevoises, cf. BLANCHARD (2003*a*), p. 764.

[1288] HEIM (1944), p. 96. UMMEL/RESTELLINI (1994), p. 365 plaident, à raison selon nous, pour la publication anonyme des décisions des autorités de levée du secret, dans un but d'« *uniformisation des pratiques des instances en assurant une plus grande transparence et en mettant à jour leurs éventuelles carences* ».

[1289] Voir par exemple l'article 18*a* de la Loi vaudoise sur la santé publique (RSVD 800.01).

[1290] Certains auteurs plaident en faveur du droit d'être entendu pour les deux parties. Cf. par exemple, KELLER (1993), p. 155 et références.

[1291] TRECHSEL (1997), p. 1021, n°32; STRATENWERTH (2000), par. 59, n°23; CORBOZ (2002), p. 652, n°55; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), p. 2061, n°19.

[1292] LANGMACK (1972), p. 76; BOLL (1983), p. 62; TRECHSEL (1997), p. 1022, n°33.

[1293] MEIER P. (1996), p. 215, n°32.

[1294] MARTIN-ACHARD/THEVENOZ (1985), p. 249.

question est sujette à controverses[1295]. Pour certains auteurs, tant le patient ou, à défaut, l'autorité compétente au sens de l'article 321 CP, que l'autorité supérieure entendue au sens de l'article 320 CP doivent dans tous les cas donner leur accord[1296].

La doctrine majoritaire distingue cependant selon que les informations visées par la requête relèvent plus du secret de fonction ou du secret médical. Elle résout donc la dualité juridique en fonction de la nature supposée du fait confidentiel à protéger, déduite des tâches exercées au moment où il a été recueilli[1297]. Suivant cette logique, seule l'autorisation de l'autorité supérieure entendue au sens de l'article 320 CP est nécessaire si la demande porte principalement sur des informations de nature administrative. Inversement, si la requête concerne des données à caractère médical, seul est requis le consentement de l'intéressé ou, à défaut, l'autorisation de l'autorité compétente au sens de l'article 321 CP.

2.3.2.5.1.3 Obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice

Il est des cas dans lesquels, en vertu d'une disposition fédérale ou cantonale, le détenteur du secret doit renseigner une autorité d'un fait qu'il a constaté ou appris dans l'accomplissement de son activité médicale. L'intérêt individuel au maintien du secret s'efface alors au profit d'un ou plusieurs intérêts considérés comme prépondérants. La pesée des intérêts est en l'espèce réalisée en amont, puisque c'est une disposition légale qui contraint le soignant à révéler le secret médical, l'intérêt de tiers ou plus généralement l'intérêt public prévalant l'intérêt au maintien du secret[1298].

L'article 321 ch. 3 CP dont il est ici question se rapporte aussi à certaines dispositions qui, sans contraindre le détenteur du secret à renseigner une autorité, lui octroie expressément la faculté de le faire[1299]. En droit fédéral, de telles dérogations au secret qui constituent de fait une extension de l'étendue *ratione personae* du secret médical sont prévues par plusieurs dispositions. Celles-ci sont le plus souvent liées soit au domaine de la santé, soit au champ de la sécurité. Nous nous proposons ici d'en dresser une liste non exhaustive.

Dans le domaine de la santé, il s'agit tout d'abord de l'article 27 de la Loi fédérale sur les épidémies (LEp)[1300]. En vertu de cette disposition, les médecins, les hôpitaux et les autres institutions publiques et privées de la santé notamment, sont contraints de déclarer à l'autorité cantonale compétente, qui transmet à l'Office fédéral de la santé publique, tous cas de maladies transmissibles. Cette loi est complétée par une série d'ordonnances, parmi lesquelles

---

[1295] Elle se pose avec plus d'acuité encore s'agissant de l'articulation des articles 320, 321 et 321bis CP, tel que le démontre RUCKSTUHL (1999), pp. 79ss.

[1296] BOINAY (1998), pp. 53s. MARTIN/GUILLOD (2000), p. 2047 relèvent en outre que telle est la pratique encore suivie dans plusieurs cantons.

[1297] Cf. notamment RUSSEK (1954), p. 58; SCHULTZ (1979), p. 373; KUNZ in GUILLOD/KUNZ/ZENGER (1991), p. 322; KELLER (1993), p. 100; REHBERG (1994), p. 340; GUILLOD/GIAUQUE (1999), p. 55; MARTIN/GUILLOD (2000), p. 2047; POLEDNA/BERGER (2002), p. 153, n°246.

[1298] Ainsi que nous le rappellent GUILLOD/GIAUQUE (1999), p. 59 : « *une telle dérogation doit se fonder sur une base légale, c'est-à-dire une loi au sens matériel. Il peut s'agir d'une loi au sens formel, d'une ordonnance ou même d'une loi antérieure à l'entrée en vigueur du Code pénal, pour autant que la disposition légale vise expressément les professions (ou l'une d'entre elles) énumérées par l'article 321 CP* ».

[1299] Ce qui fait d'ailleurs dire à NAVILLE (1942), p. 88 qu'il « *eut mieux valu prévoir et réserver des dispositions comportant non seulement une « obligation » mais aussi une « autorisation » de renseigner une autorité ou la justice* ».

[1300] Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 18 décembre 1970 (RS 818.101).

l'Ordonnance sur la déclaration des maladies transmissibles de l'homme[1301], qui énonce à son article 3 quelles observations de maladies transmissibles doivent être signalées, et l'Ordonnance sur les déclarations de médecin et de laboratoire[1302], dont les annexes dressent la liste des maladies soumises à déclaration obligatoire ainsi que les critères et les délais des déclarations auxquels ces derniers sont tenus. La tuberculose et les hépatites A, B et C doivent par exemple être déclarées par le médecin avec indication de l'identité de la personne qui en souffre[1303]. La séropositivité doit également être communiquée, mais sans mention de l'identité de la personne atteinte. Seules doivent être mentionnées les données ne permettant pas d'identifier la personne concernée[1304].

L'Ordonnance sur le transport et la sépulture de cadavres[1305], édictée par le Conseil fédéral en application des articles 8 et 38 al. 1er LEp, enjoint le médecin traitant ou le médecin qui a constaté le décès de déclarer sans délai au médecin cantonal compétent du lieu du décès l'existence d'une maladie infectieuse définie à l'article 2 al. 2 de l'Ordonnance. Dans le même sens, le médecin officiel compétent doit, avant la sépulture, indiquer à l'autorité responsable le danger de contagion que présente le cadavre[1306].

L'article 369 al. 2 CC enjoint les autorités administratives à signaler à l'autorité compétente les cas d'interdiction dont elles prennent connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Cette obligation vaut notamment pour le médecin d'un établissement public[1307].

En vertu de l'article 119 al. 5 CP, toute interruption de grossesse doit faire l'objet d'un avis à l'autorité de santé publique compétente par le médecin qui l'a pratiquée, sans préjudice toutefois du secret auquel il est astreint, puisque l'anonymat de la femme concernée est garanti.

Par ailleurs, l'article 34 lit. c de l'Ordonnance sur l'état civil[1308] impose au médecin et au personnel médical auxiliaire d'annoncer les naissances et les décès auxquels ils ont assistés.

Aux termes de l'article 42 al. 3 de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie[1309], le professionnel de la santé doit remettre à l'assurance-maladie la facture relative aux soins qu'il a prodigués[1310]. Cette facture doit être suffisamment « *détaillée et compréhensible* » pour

[1301] Ordonnance du 13 janvier 1999 sur la déclaration des maladies transmissibles de l'homme (RS 818.141.1).
[1302] Ordonnance du 13 janvier 1999 sur les déclarations de médecin et de laboratoire (RS 818.141.11).
[1303] Cf. Annexe 1 de l'Ordonnance du DFI sur les déclarations de médecin et de laboratoire du 13 janvier 1999 (RS 818.141.11).
[1304] C'est-à-dire le sexe, la date de naissance, les initiales, le pays de domicile, la nationalité, le canton de domicile, le lieu de domicile et la profession. Cf. Art. 2 lit. d de l'Ordonnance sur la déclaration des maladies transmissibles de l'homme du 13 janvier 1999 (Ordonnance sur la déclaration; RS 818.141.1). Par un habile cumul des informations requises, il apparaît que la personne peut parfois être identifiée. Tel est le cas par exemple si elle réside dans un petit village. Sur ce point, cf. MANAÏ (2004*a*), p. 106.
[1305] Art. 3 al. 1er de l'Ordonnance sur le transport et la sépulture de cadavres présentant un danger de contagion ainsi que le transport des cadavres en provenance ou à destination de l'étranger du 17 juin 1974 (RS 818.61).
[1306] Art. 11 al. 1er de ladite Ordonnance.
[1307] MEIER P. (1996), p. 216, n°33.
[1308] Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (OEC ; RS 211.112.2).
[1309] Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal ; RS 832.10).
[1310] Selon VIRET (1972-73), p. 231, le législateur a par cette disposition « *institué un cas légal de secret partagé* ».

permettre au débiteur de la rémunération d'en vérifier le bien-fondé[1311]. L'alinéa 4 de cette disposition autorise en outre l'assureur à exiger du fournisseur des prestations un « *diagnostic précis ou des renseignements supplémentaires d'ordre médical* ». Conformément aux articles 42 al. 5 et 57 al. 6 et 7 LAMal, le professionnel de la santé peut se borner à renseigner uniquement le médecin-conseil désigné sur requête de son patient dans tous les cas, ou dans certains seulement, lorsqu'il l'estime opportun. Il revient alors au médecin-conseil de communiquer à l'assureur notamment les informations médicales et tarifaires pertinentes[1312]. Le médecin-conseil se limite donc à fournir à l'assureur les données dont ce dernier a véritablement besoin « *pour décider de la prise en charge d'une prestation, pour fixer la rémunération ou motiver une décision* ». Si le patient refuse obstinément que soient transmises à l'assurance les informations médicales le concernant, le praticien doit respecter sa volonté[1313]. Il lui incombe néanmoins d'informer son patient de la très haute probabilité de se voir refuser le remboursement des prestations reçues[1314].

Enfin, il est permis[1315] aux médecins sollicités de communiquer des données médicales à des chercheurs ou à des institutions au bénéficie d'une autorisation délivrée par la Commission fédérale d'experts en matière de recherche médicale en vertu de l'article 321bis CP[1316]. Encore faut-il cependant que le patient dont les données font l'objet de la demande d'autorisation n'ait pas expressément refusé leur utilisation à des fins de recherche. L'intéressé devra dès lors avoir été préalablement informé de ses droits[1317].

Dans le domaine de la lutte contre la criminalité, l'article 178 al. 2 de l'avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse contraindra le médecin à annoncer aux autorités pénales compétentes les décès survenus dans des « *circonstances inhabituelles* »[1318]. Il est à noter que certains codes de procédure cantonaux prévoient aussi cette obligation. Ainsi en est-il de l'article 43 al. 3 du Code de procédure pénale valaisan[1319], lequel impose aux autorités de police et aux médecins l'obligation « *d'aviser le juge d'instruction s'ils ont des motifs de supposer qu'une personne n'est pas décédée de mort naturelle ou si le cadavre d'un inconnu a été trouvé* ».

Il convient dans ce cadre de souligner que l'article 358ter CP permet et non pas oblige les personnes astreintes au(x) article(s) 320 et/ou 321 CP de porter à la connaissance de l'autorité tutélaire les infractions qu'ils ont constatées sur des mineurs, lorsqu'il en va de l'intérêt de ces

---

[1311] Ce qui fait d'ailleurs dire à GOUMAZ (2002), p. 475, à l'appui de quelques exemples concrets, que « *le secret du diagnostic n'est qu'illusoire* ». Cf. également l'art. 59 de l'Ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal ; RS 832.102) qui précise les rubriques que doit contenir la facture.

[1312] Sur les exigences d'indépendance du médecin-conseil par rapport à l'assureur, cf. notamment l'ATF 1A.191/2004 du 9 mai 2005.

[1313] MICHELI (2002), p. 449 et p. 451.

[1314] Le consentement du patient doit non seulement être libre, mais également éclairé.

[1315] En aucun cas il ne saurait y être obligé. Cf. art. 11 al. 4 de l'Ordonnance concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale du 14 juin 1993 (OALSP ; RS 235.154).

[1316] Sur l'art. 321bis CP, les types d'autorisations octroyées et le fonctionnement de la Commission fédérale d'experts en matière de recherche médicale, lire GEISER (1996) et RUCKSTUHL (1999). Cf. également l'OALSP, qui spécifie notamment les compétences et l'organisation de ladite commission ainsi que la procédure d'octroi d'une autorisation. Pour un exemple récent d'autorisation générale de lever du secret professionnel à des fins de recherche, voir la FF 2004 1430.

[1317] Art. 321bis al. 2 CP.

[1318] OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Rapport explicatif relatif à l'Avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse*, Berne, juin 2001, p. 132.

[1319] Code de procédure pénale du canton du Valais du 22 février 1962 (RSVS 312.0).

derniers[1320]. Notons à ce propos que certaines législations cantonales imposent au contraire une obligation de signalement aux professionnels soumis au secret. Par exemple, l'article 26 al. 2 et 3 de la Loi vaudoise sur la protection des mineurs[1321] prévoit pour les membres du corps médical une obligation de signaler au Département de la formation et de la jeunesse la situation d'un mineur « *en danger dans son comportement* » en faveur duquel son intervention se justifierait. « *Pour les situations relevant d'une atteinte à l'intégrité physique, psychique et sexuelle* », les professionnels de la santé sont en sus autorisés à dénoncer le cas à l'autorité pénale. Dans un même ordre d'idées, certaines lois sanitaires cantonales imposent également aux soignants une obligation de signaler, par exemple les cas de maltraitance[1322]. Au regard du principe de la force dérogatoire du droit fédéral toutefois, ces dispositions cantonales nous paraissent contestables, en ce sens qu'elles vont au-delà de la possibilité de dénoncer laissée en droit fédéral à la libre appréciation du praticien[1323].

L'article 14 al. 4 de la Loi fédérale sur la circulation routière[1324] permet également au médecin de « *signaler à l'autorité de surveillance des médecins ainsi qu'à l'autorité compétente pour délivrer ou retirer les permis de conduire les personnes qui ne sont pas capables de conduire avec sûreté un véhicule automobile en raison de maladies ou d'infirmités physiques ou mentales ou pour cause de toxicomanie* ». Avant de s'adresser à l'autorité, le médecin en pratique informe généralement le conducteur de son inaptitude et tente de le convaincre de renoncer à la conduite. En revanche, l'article 15*a* al. 6 de la Loi fédérale sur les stupéfiants[1325] impose au service qui connaît la situation d'une personne susceptible de constituer un danger pour la circulation publique en raison de sa dépendance d'aviser l'office compétent en la matière.

Dans un autre domaine, à mi-chemin entre la protection de la santé et « la sécurité », l'article 15 al. 1er LStup autorise les médecins et pharmaciens, notamment « *à signaler à l'autorité protectrice compétente ou à une institution de traitement ou d'assistance agréée les cas d'abus de stupéfiants qu'ils constatent dans l'exercice de leur activité officielle ou professionnelle, lorsqu'ils estiment que des mesures de protection sont indiquées dans l'intérêt du patient, de ses proches ou de la communauté* ».

[1320] HALPERIN/BERTRAND (2003), pp. 338s. Sur la portée de l'obligation de confidentialité de certains professionnels à l'égard des cas de maltraitance de mineurs et de personnes âgées auxquels ils sont confrontés, cf. DUMOULIN J.-F. (1999). Pour des exemples d'approches plus "praticiennes" du dilemme auquel le professionnel est confronté lorsqu'il est placé dans ces situations aussi délicates que douloureuses, lire notamment DARDEL/DI LUCA (2001). Transposé au contexte juridique français, ALT-MAES (1998), p. 307 dit de l'autorisation donnée par la loi de se taire ou, au contraire, de divulguer, qu'elle est une « *liberté de conscience* » ou une « *option de conscience* » laissée au professionnel tenu au secret. « *Quelle que soit l'attitude choisie par ce dernier, elle se trouve justifiée et interdit toute poursuite fondée soit sur la non-révélation (…) soit sur la violation du secret professionnel. Il n'y a ni silence coupable, ni révélation illicite* ». Se pose alors la question, en droit positif suisse, de l'éventuelle application des art. 127s CP, sur laquelle toutefois nous ne nous attarderons pas car tel n'est pas l'objet de notre propos. Sur le sujet, cf. les précisions de DUMOULIN J.F. (1999).

[1321] Loi sur la protection des mineurs du 4 mai 2004 (RSVD 850.41).

[1322] Voir par exemple l'art. 80*a* de la Loi vaudoise sur la santé publique et l'art. 68 al. 2 de la Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario du canton du Tessin. Cf. également PIQUEREZ (2000), p. 450, n°2148.

[1323] MARTIN/GUILLOD (2000), pp. 2048s.

[1324] Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR ; RS 741.01)

[1325] Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (Loi sur les stupéfiants, LStup ; RS 812.121).

A l'échelon cantonal, plusieurs législations traitent du droit ou de l'obligation des professionnels de la santé de porter à la connaissance d'autorités des informations confidentielles recueillies dans le cadre de leur activité. Elles prévoient en particulier l'obligation ou la faculté du soignant d'**informer** les autorités ou de leur **dénoncer** certains faits constatés dans l'exercice de sa profession. Ces prescriptions font l'objet de dispositions très disparates[1326], ainsi qu'en atteste le tableau brossé ci-après.

L'obligation d'informer, tout d'abord, concerne des situations dans lesquelles les observations du médecin sont requises plus en vertu de ses compétences que du cadre dans lequel il les déploie, en ce sens qu'elles ne se rapportent pas une relation médicale *strico sensu*. Tel est le cas notamment de l'obligation qui lui est faite de déclarer les cas de morts suspectes.

Il appartient ainsi au médecin *fribourgeois*, « *en cas de mort suspecte, violente ou sur la voie publique et en cas de mort par maladie transmissible présentant un risque grave de santé publique (…) [de] délivre[r] uniquement un constat de décès et [d']avise[r] les autorités compétentes pour procéder à la levée de corps* »[1327]. Dans le canton de *Genève*, l'article 2 de la Loi concernant la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains[1328] enjoint le médecin qui relève un indice ou un signe de mort violente, ou estime que le décès ne résulte pas d'une cause de mort naturelle, d'établir un « *simple constat de décès* » et d'alerter immédiatement les autorités policières. Dans le canton du *Valais*, le médecin doit également dénoncer les décès suspects et la découverte du cadavre d'un inconnu[1329]. La législation *vaudoise* impose au médecin qui constate une mort violente, notamment par suicide ou par accident, ou qui soupçonne que la mort n'est pas due à une cause naturelle, d'en avertir le juge instructeur, sans autre détail[1330]. Dans le même ordre d'idées, le médecin vaudois se voit aussi obligé de signaler notamment les décès dus à des intoxications chimiques ou alimentaires[1331]. L'article 68 alinéa 2 de la loi sur la santé *tessinoise* contraint toute personne exerçant « *una professione sanitaria a titolo indipendente o dipendente ha l' obbligo di informare il ministero pubblico di ogni caso (…) di lesione o di morte per causa certa o sospetta di reato venuto a conoscenza nell' esercizio della professione* »[1332]. Enfin, à *Neuchâtel*, le médecin doit désormais immédiatement aviser les autorités de poursuite pénale compétentes de tout « *décès extraordinaire constaté dans l'exercice de [sa] profession* »[1333].

S'agissant ensuite de la faculté - voire, de l'obligation - de dénoncer du médecin, il n'est pas de véritable cohérence entre les législations cantonales à ce sujet.

[1326] Et donnent lieu de surcroît à des divergences entre le droit de fond et le droit procédural cantonal. Pour un exemple de ces tensions entre d'une part l'article 321 CP et, d'autre part en l'espèce, les dispositions du Code de procédure pénale zurichois, voir TAG (2004), pp. 14ss.

[1327] Art. 73 al. 2 de la Loi sur la santé du 16 novembre 1999 (RSF 821.0.1).

[1328] Loi concernant la constatation des décès et les interventions sur les cadavres humains du 16 septembre 1988 (RSGE K 1 55).

[1329] Art. 43 ch. 3 du Code de procédure pénale du canton du Valais du 22 février 1962 (RSVS 312.0).

[1330] Art. 3 du Règlement sur les inhumations, les incinérations et les interventions médicales pratiquées sur des cadavres du 5 décembre 1986 (RSVD 818.41.1).

[1331] Art. 4 dudit Règlement

[1332] Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario du 18 avril 1989 (RST 6.1.1.1). Cf. également l'art. 20 al. 5 lit. a de ladite loi.

[1333] Art. 63*a* al. 1er de la Loi de santé du 6 février 1995 (RSN 800.01). Avant l'entrée en vigueur de cette disposition, le 1er mai 2005, le médecin n'était pas tenu d'informer les autorités pénales en cas de constatation de mort suspecte ; l'article 98*a* al. 1er du Code de procédure pénale se bornant à préciser que l'officier de police judiciaire s'allie l'assistance nécessaire d'un médecin pour effectuer les constatations nécessaires.

Dans le canton de *Vaud*, nous avons vu que les articles 26 de la Loi sur la protection mineurs et 80*a* de la Loi sur la santé publique précités contraignent le médecin à signaler des « *cas de maltraitance et de soins dangereux* », notamment commis à l'égard des enfants et des adolescents. Par ailleurs, l'article 98 de la Loi sur la santé publique enjoint le médecin à déclarer au médecin cantonal entre autres les cas d'intoxication alimentaire, les atteintes à la santé dues à des radiations ionisantes et toute intoxication dont la cause peut mettre en danger des tiers. L'article 99 tient en outre le médecin pour responsable du signalement des « *personnes qui, atteintes d'une maladie transmissible, refusent de se faire traiter ou interrompent prématurément leur traitement* ».

Si les législations *fribourgeoise*[1334] et *genevoise*[1335] n'érigent pas d'obligation de dénoncer pour le médecin, le canton du *Tessin* la postule en revanche de manière relativement précise. Aux termes de l'article 182 du Code de procédure pénale tessinois en effet, le médecin et ses auxiliaires « *che nell' esercizio della loro professione hanno il sospetto di malattia, lesione o morte per causa di reato, sono tenuti a farne immediato rapporto al Procuratore pubblico ed a trasmettergli gli atti relativi, riservate preminenti ragioni dell' interessato tutelate da leggi speciali* »[1336].

Dans le canton du *Jura*, les professionnels de la santé peuvent communiquer des informations aux autorités compétentes sur les faits qu'ils supposent être en relation avec un crime ou délit, « *s'il[s] estime[ent] que l'intérêt à la découverte des actes l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret professionnel* »[1337].

A *Neuchâtel*, l'alinéa 2 du nouvel article 63*a* de la Loi de santé[1338], entré en vigueur le 1er mai 2005, habilite désormais le médecin, « *en dépit du secret professionnel qui le lie, à informer les autorités de poursuite pénale et la police cantonale de tout fait permettant de conclure à un crime ou à un délit contre la vie ou l'intégrité corporelle, la santé publique ou l'intégrité sexuelle* »[1339]. Cette disposition résout ainsi en amont le dilemme juridico-éthique auquel le « médecin fonctionnaire » était jusqu'alors confronté en présence d'une infraction grave, tel que nous le verrons ultérieurement.

Notons enfin que l'avant-projet de Code de procédure pénale suisse laisse expressément le soin à la Confédération et aux cantons de régler « *le devoir* » de leurs agents de dénoncer les infractions qu'ils ont constatées ou apprises dans le cadre de leur activité[1340].

A l'issue de ce panorama des dispositions cantonales romandes relatives à la faculté - voire, à l'obligation - de dénoncer du médecin, une interrogation de taille demeure en ce qui concerne

---

[1334] L'art. 147 al. 3 du Code de procédure pénale du 14 novembre 1996 (RSF 32.1) est formulé en ces termes : « *L'obligation de dénoncer n'existe pas pour celui qui aurait le droit de refuser de témoigner* ».
[1335] Art. 10 al. 2 du Code de procédure pénale genevois du 29 septembre 1977 (RSGE E 4.20).
[1336] Codice di procedura penale du 19 décembre 1994 (RST 3.3.3.1).
[1337] Cf. notamment l'art. 16 al. 2 de l'Ordonnance concernant l'exercice de la médecine du 7 septembre 1993 (RSJU 811.111), l'art. 16 al. 2 de l'Ordonnance concernant l'exercice de la médecine dentaire du 7 septembre 1993 (RSJU 811.131) et l'art. 17 de l'Ordonnance concernant l'exercice de la profession de psychothérapeute non-médecin du 14 décembre 1993 (RSJU 811.223).
[1338] Loi de santé du 6 février 1995 (RSN 800.01).
[1339] Avant l'entrée en vigueur de l'art. 63*a*, les dispositions relatives au secret professionnel demeuraient réservées (cf. art. 3 al. 2 du Code de procédure pénale neuchâtelois du 19 avril 1945; RSN 322.0).
[1340] OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse (CPP)*, Berne, juin 2001, art. 330 al. 2.

les cantons qui n'ont pas expressément réglé la question. A savoir, le « **médecin fonctionnaire** » est-il astreint cumulativement à deux injonctions contraires[1341] ? De toute évidence, tel ne peut être le cas. Tombe-t-il dès lors sous le coup des dispositions destinées aux personnes astreintes au secret professionnel de l'article 321 CP ? Se doit-il au contraire de respecter les dispositions consacrées en la matière aux agents publics, dont il revêt également le statut ? A défaut, est-il tenu alternativement soit à l'une, soit à l'autre, et dès lors selon quelle règle de répartition ?

En présence d'une personne astreinte aux deux secrets, la doctrine majoritaire règle la question de la même manière qu'elle détermine quels faits sont couverts par le secret professionnel, respectivement par le secret de fonction[1342]. Pour toutes les informations recueillies dans le cadre de sa relation avec le patient et qui sont dès lors de nature médicale au sens large, le soignant est tenu aux règles sur la dénonciation relatives au secret professionnel. Il doit en revanche respecter les dispositions consacrées à son devoir de renseigner en tant que fonctionnaire s'agissant des informations relevant de son activité purement administrative. En d'autres termes, si en sa qualité de fonctionnaire il constate une infraction poursuivie d'office, il devra dénoncer[1343]. Si en revanche il conclut en sa qualité de médecin à la commission d'une infraction poursuivie sur plainte, il demeure astreint à son secret, sous réserve de la procédure de levée dictée à l'article 321 CP.

Pour GRAVEN, les dispositions cantonales qui contraignent le « médecin fonctionnaire », en vertu de son statut d'agent public, à dénoncer les infractions parvenues à sa connaissance dans l'exercice de son activité ne sont pas compatibles avec le droit fédéral[1344]. Seul le mécanisme de levée des secrets prévus aux articles 320 et 321 CP se révèle déterminant. La situation devrait alors être résolue selon cet auteur eu égard aux intérêts en présence, conformément à une interprétation stricte de la loi. Si un ou plusieurs intérêt(s) public(s) prépondérant(s) sont en péril, le « médecin fonctionnaire » aurait à se prévaloir non seulement de l'autorisation de l'autorité compétente au sens de l'article 321 CP, mais également de l'autorisation de son autorité hiérarchiquement supérieure pour pouvoir dénoncer l'infraction sans risquer de poursuites[1345]. Si seul l'intérêt privé du maître du secret est en jeu en revanche, son consentement ou, à défaut, l'autorisation de l'autorité compétente au sens de l'article 321 CP, devrait suffire à le libérer de son obligation de silence.

A notre sens, tant la solution dégagée par la doctrine dominante que celle découlant d'une interprétation stricte de la loi se révèlent insatisfaisantes. La première implique que le praticien décèle la nature des faits parvenus à sa connaissance, ce qui est loin d'être toujours évident. La seconde repose sur une pesée des intérêts en présence, lesquels sont définis de manière générale et abstraite. Par ailleurs, toutes deux prévoient le recours à la procédure de levée de l'article 321 CP, laquelle laisse le médecin libre de déclencher la procédure et, le cas

[1341] Pour rappel, les règles relatives à son secret professionnel l'habilitent à dénoncer, alors que les règles consacrées à son secret de fonction et son devoir de discrétion l'y contraignent.
[1342] Cf. nos développements et références citées *supra*, partie II, pt. 2.3.2.5.1.2 *in fine*.
[1343] Le canton de Genève résout expressément la question en réservant, à l'art. 9 al. 7 de la Loi sur les établissements publics médicaux (RSGE K 2 05), l'art. 11 du Code de procédure pénale genevois du 29 septembre 1977 (RSGE E 4 20), lequel prévoit l'obligation pour « *toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit devant être poursuivi d'office (…) d'en aviser sur-le-champ le procureur général* ».
[1344] GRAVEN P. (1975), p. 1738.
[1345] Dans le même sens, cf. STROUN/BERTRAND (2003), p. 170.

échéant, de se déterminer en dernier ressort, puisque même délié de son secret, il dispose selon la doctrine majoritaire du choix de divulguer ou non l'information[1346].

Pour pallier à toute divergence, plusieurs cantons ont prévu dans leur législation une norme mentionnant une typologie d'infractions particulières que le praticien est autorisé à dénoncer, sans qu'il ait préalablement à solliciter l'autorisation de l'autorité compétente pour qu'elle le relève de son secret. Le canton de Zurich, notamment, prévoit cette possibilité pour les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle qui mettent en péril « *la santé publique ou la moralité* »[1347]. Telle est la solution également préconisée à l'article 63*a* al. 2 de la Loi de santé neuchâteloise[1348], en tant qu'elle octroie la faculté au médecin de révéler aux autorités compétentes tout fait constaté dans l'exercice de sa profession permettant de conclure à certaines infractions graves. Celles-ci ne sont pas expressément énumérées, mais qualifiées en fonction de l'atteinte au bien juridiquement protégé[1349]. Cette solution est aussi préconisée dans l'Ordonnance relative à la Loi sur les hôpitaux du canton de Bâle-ville, laquelle dresse en revanche une liste exhaustive des infractions que le personnel hospitalier est habilité à dénoncer aux autorités[1350].

Au-delà du seul cas de la dénonciation et par rapport au contexte institutionnel qui nous intéresse plus précisément, une possibilité de remédier définitivement à cette « *précarité légale* »[1351] qui rend la tâche difficile au « médecin fonctionnaire », consisterait à élaborer une disposition qui vise spécifiquement cette catégorie "hybride" de professionnels de la santé et clarifie les limites de leur obligation de silence. A ce propos, certains cantons prévoient déjà l'éventualité pour le soignant pénitentiaire de déroger sous certaines conditions à son secret, sans passer par la procédure de levée prescrite. Les cantons de Berne et de Neuchâtel, notamment, autorisent en effet leurs professionnels de la santé à informer l'autorité compétente de certains faits concernant les personnes condamnées à une peine ou une mesure privative de liberté dont ils ont la charge. A Neuchâtel, ils disposent de la faculté de communiquer à « *l'autorité compétente* » des faits laconiquement qualifiés d'« *importants* » et

---

[1346] Cf. nos développements et références citées *supra*, partie II, pt. 2.3.2.5.1.2 *in fine*.

[1347] Par. 15 de la Gesetz über das Gesundheitswesen du 4 novembre 1962 (Gesundheitsgesetz; RSZ 810.1).

[1348] Inspiré de l'article 28 al. 2 de La loi bernoise sur la santé publique du 2 décembre 1984 (RSB 811.01).

[1349] Les biens juridiquement protégés ici visés sont la vie, l'intégrité corporelle, la santé publique et l'intégrité sexuelle.

[1350] Par. 22 de la Verordnung zum Spitalgesetz du 4 mai 1982 (RSBS 330.110) : « *Im Sinne von § 15 Abs. 3 des Spitalgesetzes dürfen vom Spitalpersonal bei Verdacht des Vorliegens folgender Straftatbestände Auskünfte an die mit der Untersuchung und Verfolgung von Straftaten beauftragten Behörden abgegeben werden:*
a) Tötungsdelikte (ausgenommen Abtreibung);
b) schwere Körperverletzung;
c) einfache Körperverletzung mit Todesfolge;
d) Misshandlung und Vernachlässigung eines Kindes;
e) Raub und Erpressung;
f) Freiheitsberaubung und Entführung;
g) Notzucht, Unzucht mit Kindern, Frauen- und Mädchenhandel;
h) vorsätzlich verübte gemeingefährliche Delikte, namentlich Brandstiftung, Verursachung einer Explosion, Sprengstoff- und Giftgasdelikte;
i) Verbrechen gegen den Staat (Art. 265ff. StGB);
k) Fahren in angetrunkenem Zustand ».

[1351] Pour reprendre de manière extrapolée la formule employée par Alain MORICE dans un tout autre domaine : celui du travail clandestin des sans-papiers. Cf. MORICE A., *Quand la lutte contre l'emploi illégal cache les progrès de la précarité légale*, in FASSIN D./MORICE A./QUIMINAL A. (sous la dir. de), Les lois de l'inhospitalité. Les politiques de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers, Paris, La Découverte, 1997, pp. 177-196.

« *pouvant avoir une influence sur les mesures en cours* »[1352]. Dans le canton de Berne, il leur est permis de transmettre aux « *autorités compétentes* » tout fait permettant de conclure « *à la dangerosité d'un patient ou d'une patiente ou, en cas de dangerosité reconnue, à une modification de celle-ci* »[1353].

Si l'intention est louable, nous pensons toutefois qu'elle n'a été que partiellement concrétisée. En effet, l'une comme l'autre disposition s'abstient de définir quels sont précisément les destinataires des informations. Les faits susceptibles d'être révélés ne sont en outre désignés qu'en termes généraux et abstraits. Si elle se réfère notamment à leur effet supposé sur l'exécution de la sanction, la disposition neuchâteloise demeure sujette à interprétation. Quant à la disposition bernoise, elle recourt inopportunément au concept indéfini et controversé de « dangerosité ». Elle concerne de surcroît aussi les informations recueillies dans le cadre d'une privation de liberté à des fins d'assistance. On peut donc aussi s'étonner qu'elle ne distingue pas clairement la privation de liberté de nature civile de la détention pénale. Enfin, si ces dispositions soulignent la volonté de certains cantons de préciser l'obligation de secret de leurs professionnels de la santé impliqués dans certaines situations particulières, on peut se poser la question de savoir si ces dispositions ne dérogent pas également au principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Même si elles ne font qu'habiliter le médecin à révéler, il apparaît qu'elles constituent une brêche considérable à l'obligation qui leur est faite de respecter leur secret professionnel. Il serait dès lors préférable qu'une telle norme soit élevée au rang fédéral.

S'agissant enfin de l'**obligation de témoigner**, le médecin appelé à déposer devant un tribunal d'un fait sur lequel porte le secret auquel il est tenu ne pourra le faire que si les règles de procédure du canton dans lequel il exerce l'y autorisent[1354]. A notre connaissance, toutes les lois fédérales et cantonales en la matière prévoient le droit pour le médecin de refuser de déposer en justice[1355]. S'il souhaite néanmoins témoigner, il devra préalablement requérir le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de l'autorité compétente. S'il obtient l'un ou l'autre, à nouveau, il devrait selon nous être obligé de déposer[1356]. En particulier, « *le patient qui a délié le médecin en vue de son témoignage dans un procès doit pouvoir compter sur ce témoignage* »[1357]. Il apparaît que l'article 42 al. 1er lit. b LPC[1358] va précisément dans ce sens. En usant de la formule « *peuvent déposer (…) à moins que l'intéressé n'ait consenti à la révélation du secret* », cette disposition laisse penser *a contrario* que le détenteur du secret est contraint de témoigner si le maître du secret l'y autorise. De même, l'art. 75 lit. b PPM impose au médecin délié de son secret par le consentement de son patient à témoigner « *sauf si l'intérêt au secret l'emporte* ».

[1352] Art. 63*a* al. 3 de la Loi de santé du 6 février 1995 (RSN 800.01).
[1353] Art. 28 al. 3 de la Loi sur la santé publique du 2 décembre 1984 (RSB 811.01).
[1354] ATF 95 I 439, 448.
[1355] Sur la question précise du « *medical privilege* » relativement au témoignage en justice en droit comparé anglais (lequel l'appréhende comme une exception à la règle) et allemand (qui l'érige en principe sous réserve d'exceptions), lire MICHALOWSKI (1997).
[1356] Il s'agirait alors d'un droit sujet à conditions.
[1357] GUILLOD O. (1996), p. 59. Avis réitéré in GUILLOD/GIAUQUE (1999), p. 59. *Contra* : SCHWAAB (1976), p. 79; STROUN/BERTRAND (2003), p. 170; BERTRAND/LA HARPE (2003), p. 379 et ZENGER (1993), pp. 19s. Ce dernier relaye l'opinion de plusieurs autres auteurs selon laquelle la prépondérance des « *intérêts institutionnels* » à la crédibilité générale des soins de santé et à la sauvegarde de l'autonomie des professions médicales légitiment la libre appréciation du médecin.
[1358] Notons que l'art. 16 LPA renvoie à cette disposition.

Plusieurs cantons préconisent aussi explicitement cette obligation pour le détenteur du secret de déposer une fois délié. Tel est le cas par exemple de l'article 147 ch. 2 du Code de procédure pénale *neuchâtelois*[1359], aux termes duquel « *peuvent refuser de témoigner (…) les personnes auxquelles la loi impose un devoir de discrétion en raison de leur état,* ***dans la mesure où elles ne sont pas déliées*** [nous soulignons] *de leur obligation* » et à l'exception des avocats pour lesquels le chiffre 2 *in fine* renvoie à l'article 13 al. 1er LLCA. Dans le même sens, l'article 236 al. 1er lit. c du Code de procédure civile neuchâtelois[1360] prévoit pour ces mêmes personnes, et toujours à l'exception des avocats, que « *l'obligation de témoigner renaît si l'intéressé a consenti à la révélation du secret* ». L'article 16 lit. b de la Loi sur la procédure et la juridiction administrative[1361] précise quant à elle que « *peuvent témoigner (…) les personnes liées par le secret professionnel ou d'affaires, pour autant qu'une autre loi ne les y oblige pas et* ***sous réserve*** [nous soulignons] *du consentement de l'intéressé à la révélation du secret* ».

Les législations *jurassienne*[1362] et *tessinoise*[1363] imposent également aux détenteurs du secret professionnel mentionnés de témoigner si le maître du secret les en a délié par écrit. Les cantons de *Fribourg*[1364], de *Genève*[1365], du *Valais*[1366] et de *Vaud*[1367] ont en revanche opté pour la solution selon laquelle le détenteur du secret est libre de déposer ou non, peu importe qu'il ait été délié. Les dispositions qui consacrent l'obligation de témoigner dispensent (sous-entendu *n'obligent pas*) en effet les détenteurs du secret professionnel à déposer, soit qu'elles prévoient expressément que le médecin, même délié de son secret par son patient, peut refuser

[1359] Code de procédure pénale neuchâtelois du 19 avril 1945 (RSN 322.0).
[1360] Code de procédure civile neuchâtelois du 30 septembre 1991 (RSN 251.1). Cf. BOHNET (2003), ad art 236, p. 375.
[1361] Loi sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979 (RSN 152.130).
[1362] Cf. l'art. 160 al. 1er ch. 5 du Code de procédure pénale du 13 décembre 1990 (RSJU 321.1), l'art. 244 al. 1er du Code de procédure civile de la République et canton du Jura du 9 novembre 1978 (RSJU 271.1), l'art. 64 de la Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle du 30 novembre 1978 (Code de procédure administrative; RSJU 175.1) et l'art. 15 de l'Ordonnance concernant l'exercice de la médecine du 7 septembre 1993 (RSJU 811.111).
[1363] Cf. l'art. 124 al. 2 du Codice di procedura penale du 19 décembre 1994 (RST 3.3.3.1). Voir également l'art. 230 lit. c du Codice di procedura civile du 17 février 1971 (RST 3.3.2.1), rédigé en les mêmes termes que l'article du Codice di procedura penale précité, à l'exception de la mention « *par écrit* » / « *per scritto* ».
[1364] Cf. l'art. 79 al. 2 du Code de procédure pénale du 14 novembre 1996 (RSF 32.1) et l'art. 54 al. 2 lit. c du Code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (RSF 150.1). En procédure civile fribourgeoise, il appartient au juge de statuer sur « *la légitimité du refus de déposer* » (art. 215 al. 1) d'une personne qui, astreinte au secret professionnel, conteste devoir témoigner sur des faits scelés par le secret. Cf. l'art. 214 al. 1er lit. c et l'art. 215 du Code de procédure civile du 28 avril 1953 (RSF 270.1).
[1365] Cf. l'art. 47 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 (RSG E 4 20), l'art. 227 al. 1er de la Loi de procédure civile du 10 avril 1987 (RSG E 3 05) et l'art. 32 al. 2 de la Loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (RSG E 510).
[1366] Cf. l'art. 89 ch. 1er du Code de procédure pénale du 22 février 1962 (RSVS 312.0). Notons que l'art. 88 du Code de procédure pénale valaisan consacre expressément le secret de l'ecclésiastique, lequel « *ne peut pas être entendu sur des faits qu'il estime ne pouvoir dévoiler sans violer les devoirs de son ministère* ». Cf. également l'art. 186 al. 1er lit. c du Code de procédure civile du 24 mars 1998 (RSVS 270). Cette disposition astreint néanmoins le détenteur du secret à déposer une fois délié « *à moins qu'il ne déclare en son âme et conscience qu'un intérêt supérieur commande le secret* ». Voir enfin l'art. 18*a* al. 2 de la Loi sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (RSVS 172.6).
[1367] Cf. l'art. 196 al. 1er du Code de procédure pénale du 12 septembre 1967 (RSVD 312.01) et l'art. 198 al. 2 du Code de procédure civile du 14 décembre 1966 (RSVD 270.11). Selon l'art. 199 al. 1er du Code de procédure civile vaudois, « *en cas de contestation sur l'existence ou l'étendue du secret invoqué* » le juge tranche en dernier lieu ; c'est-à-dire qu'il lui appartient de « *décide[r] si le témoin est en droit d'invoquer le secret professionnel ou de fonction et si les faits sur lesquels doit porter l'audition sont couverts par le secret* ».

de témoigner, soit qu'elles s'abstiennent de régler la question et laissent implicitement au praticien la faculté de décider[1368]. Dans les deux cas, le médecin se voit l'« *arbitre de son témoignage* »[1369].

Il est à noter que le Code de procédure civile du canton du *Valais*[1370] mentionne expressément une dispense de témoigner également pour les personnes exerçant une certaine profession ou fonction. L'article 187 dispose en effet qu'« *à l'égard des autres professions ou fonctions astreintes à un devoir de discrétion ou supposant un rapport de confiance spécial, notamment pour l'assistant social, le tuteur, curateur ou conseil légal, (…) le juge peut dispenser un témoin de toute déposition lorsque les mesures de protection de l'article 156 ne suffisent pas et que l'intérêt du témoin au maintien du secret l'emporte sur celui de la partie à sa divulgation* ». Cette disposition anticipe en quelque sorte la solution privilégiée dans l'avant-projet de procédure civile suisse, dont l'article 157 alinéa 2, rappelons-le, prévoit que les « *personnes qui exercent une profession (…) fondée sur un rapport de confiance particulier* » peuvent à certaines conditions se prévaloir d'un droit de refuser de témoigner. Nous y reviendrons.

Nous retiendrons encore que certains codes de procédure pénale cantonaux[1371] prévoient expressément la possibilité pour le détenteur du secret de refuser de répondre à certaines questions au motif qu'un préjudice grave, pour lui et/ou pour ses proches, peut résulter de ses réponses. Ce peut être le cas lorsque sa déposition est susceptible notamment de compromettre sa vie ou d'engager sa responsabilité civile et/ou pénale[1372].

Si le médecin est partie au procès, sa soumission au secret ne saurait lui permettre de se soustraire à ses responsabilités[1373], ni à l'inverse l'empêcher de faire valoir ses droits[1374]. Dans un cas comme dans l'autre, l'autorité compétente devra décider de lui délivrer ou non l'autorisation de levée de son secret. Dans l'affirmative, il conviendra de sauvegarder dans la mesure du possible[1375] le droit des tiers à garder certains faits secrets, lesquels précisément sont susceptibles d'être lésés au cours du procès[1376]. Il appartiendra alors au médecin de se borner à révéler ce qui est strictement nécessaire.

[1368] En vertu de cette liberté de décision, certains auteurs octroient à cette occasion au médecin la qualité de « *maître du secret* ». Cf. par exemple MICHELI (2002), p. 455. Nous le qualifierions plutôt de "maître suppléant". A ce propos, voir nos développements *supra*, partie II, pt. 2.3.2.5.1.1 *in fine*.

[1369] DUFOUR A. (2002), p. 483.

[1370] RSVS 270.1

[1371] Par exemple l'art. 81 du Code de procédure pénale du canton de Fribourg du 14 novembre 1996 (RSF 32.1).

[1372] PIQUEREZ (2000), pp. 444s, n° 2117s; BAUER/CORNU (2003), ad art. 147, p. 341, n°29.

[1373] Ainsi que le confirme notamment l'art. 80*a* al. 2 de la Loi vaudoise sur la santé : « *[La personne astreinte au secret professionnel] ne peut pas se prévaloir du secret professionnel pour refuser de renseigner les autorités sanitaires et pénales sur les faits dont elle est elle-même accusée, ni pour refuser de témoigner devant les juridictions civiles dans le cadre de conflits l'opposant à ses patients* ». En ce sens également, voir l'ATF 117 Ia 341, 350.

[1374] Typiquement, dans le cadre d'une procédure en recouvrement de sa créance d'honoraires. Pour un exemple récent, cf. BLANCHARD (2003*a*), p. 764. Pour un exemple de condamnation pour violation du secret médical d'un gynécologue ayant transmis sa créance d'honoraires à une entreprise spécialisée de recouvrement, sans l'accord préalable de sa patiente, ni l'autorisation de l'autorité supérieure, cf. GMÜR (2004) et FANKHAUSER (2004). Voir aussi BJP 4/2001, n°154, p. 108.

[1375] Par exemple, en caviardant les noms des intéressés de sorte que leur identité ne soit pas révélée.

[1376] BJP 4/1979, n°839, p. 113. Cf. également BJP 2/1996, n°81, p. 54, s'agissant d'un séquestre de documents, et BJP 1/1988, n°335, p. 11, concernant la production d'un dossier médical.

De manière générale enfin, la question de l'obligation du professionnel de la santé de produire des pièces en justice est réglée de la même façon que son obligation de témoigner[1377].

Il n'est pas dans notre intention de développer plus avant la situation du médecin en tant que témoin ou partie au procès civil et pénal puisque cet examen dépasse le cadre de notre problématique[1378]. Il s'avère intéressant néanmoins de relever ce que réserve l'unification de la procédure pénale et celle relative à la procédure civile en matière d'obligation pour le médecin de témoigner en justice.

L'avant-projet de la commission d'experts concernant la Loi fédérale de procédure civile[1379] prévoit à son article 155 al. 1er lit. b le droit de refuser de collaborer d'une partie susceptible de « *se rendre punissable de la révélation d'un secret* ». Selon le rapport explicatif, la notion de collaboration est plus large que celle de témoignage[1380]. Elle contient, outre l'obligation de déposer en qualité de partie ou témoin, notamment aussi l'obligation de produire les documents requis et celle de se prêter à l'examen de sa personne ou de ses biens par un expert[1381].

S'agissant des tiers, l'avant-projet distingue le refus « *absolu* » (art. 156), du refus « *restreint* » (art. 157) de collaborer. Le droit absolu de refuser de collaborer concerne les tiers qui entretiennent des liens de parenté ou, à tout le moins, des liens étroits avec une partie. Le droit restreint de refuser de collaborer appartient en particulier aux personnes astreintes au secret professionnel de l'article 321 CP. Ce droit est qualifié de restreint en ce sens que les personnes mentionnées par cette disposition, **à l'exception** toutefois des médecins, des avocats et des ecclésiastiques, seront contraintes de collaborer si elles ont préalablement été déliées par écrit de leur obligation de garder le secret[1382]. Même relevés de leur secret, les professionnels des trois catégories précitées échappent à cette obligation. La commission d'experts estime en effet que « *le droit de refuser de collaborer ne repose pas seulement sur la protection du secret, mais aussi sur la confiance du public dans [ces] profession[s] soumise[s] à l'obligation de garder le secret* »[1383]. Il revient dès lors au seul médecin - respectivement à l'avocat[1384] ou à l'ecclésiastique - d'apprécier en dernier lieu et bien qu'il ait été relevé de son secret si un intérêt supérieur s'oppose ou non à cette collaboration.

Au risque de nous répéter, cette décision laissée au seul détenteur du secret[1385] va à notre sens à l'encontre du droit à l'autodétermination du patient, lequel, s'il consent à la révélation, doit pouvoir attendre de son médecin qu'il collabore de manière effective. Si le rapport de la

---

[1377] Cf. par exemple, l'art. 179 al. 1er lit. b du Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966 (RSVD 270.11) et l'art. 103*f* al. 3 du Code de procédure pénale valaisan du 22 février 1962 (RSVS 312.0).
[1378] Pour plus de précisions, lire notamment KELLER (1993), pp. 188ss.
[1379] COMMISSION D'EXPERTS, *Avant-projet de Procédure civile suisse (PCS)*, juin 2003.
[1380] COMMISSION D'EXPERTS, *Rapport accompagnant l'avant-projet de Loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS)*, juin 2003, p. 78.
[1381] Voir la liste d'exemples d'obligations de collaborer à l'art. 152 al. 1er de l'avant-projet.
[1382] Art. 157 lit. b de l'avant-projet.
[1383] COMMISSION D'EXPERTS, *Rapport accompagnant l'avant-projet de Loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS)*, juin 2003, p. 81.
[1384] Dans le même sens que l'art. 13 al. 1er, 2ème phrase LLCA.
[1385] A savoir, le professionnel astreint au secret. Cette précision est nécessaire, car il nous semble que la commission d'experts recourt à une terminologie inadéquate lorsqu'elle mentionne le maître du secret, c'est-à-dire le patient, comme étant le détenteur du secret, par exemple en page 81 de son rapport explicatif. La version allemande du rapport confirme cette constatation, puisqu'elle use adéquatement du terme « *Geheimnisherr* ». Cf. *Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, juni 2003, p. 81.

commission d'experts précise il est vrai que « *le droit restreint de refuser de collaborer ne permet pas de refuser toute collaboration, mais ne fait que protéger de la divulgation de données sensibles. Par exemple, un médecin devra en principe faire des déclarations en tant que témoin, tout en faisant preuve de la retenue nécessaire* »[1386], la question se pose de savoir comment la pratique déterminera cette limite. Nous ne doutons pas et déplorons qu'elle variera en fonction de la subjectivité du médecin appelé à collaborer. Mentionnons encore que l'article 154 de l'avant-projet impose au tribunal d'informer les personnes visées de leur doit de refuser de collaborer (al.1); au risque de ne pouvoir tenir compte des preuves administrées (al. 3). L'omission d'informer peut le cas échéant être réparée par le consentement ultérieur du tiers en question (al. 3 *in fine*).

L'article 178 al. 1er de l'avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse[1387] octroie aux personnes mentionnées à l'article 321 CP et leurs auxiliaires, à l'exception des contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du Code des obligations, le droit de refuser de témoigner sur les secrets à eux confiés en vertu de leur profession ou appris dans l'exercice de celle-ci. Les psychothérapeutes non médecins et les psychologues qui soignent des patients sont aussi visés par cette disposition[1388]. Ils seront toutefois tenus de témoigner si le maître du secret ou l'autorité supérieure ou de surveillance les en délie[1389]. L'alinéa 3 de cette disposition nuance néanmoins l'obligation de témoigner du détenteur du secret délié par le maître du secret, en ce sens que l'autorité pénale appelée à se prononcer en la cause peut en dernier lieu, et dans ce cas précis uniquement, décider de libérer le détenteur du secret de son obligation de témoigner si celui-ci atteste que l'intérêt au maintien du secret doit l'emporter sur celui ou ceux qui motive(nt) sa levée[1390].

Il est intéressant de relever que la possibilité laissée aux psychothérapeutes non médecins et aux psychologues qui soignent des patients de refuser de témoigner a fait l'objet de vives critiques dans le cadre de la procédure de consultation. Certains cantons et milieux intéressés estimaient en particulier que ces spécialistes ne devraient pas jouir de ce droit ou seulement « *à la condition que l'exercice de ces professions soit subordonné à une autorisation officielle et qu'il existe une autorité de surveillance qui puisse, au besoin, délier les spécialistes en question du secret professionnel* »[1391]. Plusieurs participants à la procédure de consultation préconisent à cet égard une modification de l'article 321 CP.

Par ailleurs, les « *détenteurs d'autres secrets protégés par le droit de la Confédération ou des cantons (…), ainsi que toutes autres personnes, qui font valoir que des faits confidentiels leur ont été confiés à raison de leur profession* » ne peuvent dans la règle refuser de témoigner[1392], à moins qu'elles n'en soient exemptées par la direction de la procédure en rendant

---

[1386] COMMISSION D'EXPERTS, *Rapport accompagnant l'avant-projet de Loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS)*, juin 2003, p. 82.
[1387] OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse (CPP)*, Berne, juin 2001.
[1388] Sur ces deux professions, lire : OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse (CPP)*, Berne, juin 2001, pp. 131s.
[1389] Art. 178 al. 2 de l'avant-projet.
[1390] OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse (CPP)*, Berne, juin 2001, p. 132.
[1391] OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi régissant la procédure pénale applicable aux mineurs*, Berne, février 2003, p. 49.
[1392] Art. 180 al. 3 de l'avant-projet.

« *vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la découverte de la vérité* »[1393]. Cette disposition s'adresse précisément aux professionnels de la santé et du social non énumérés à l'article 321 CP et à l'article 178 al. 1er de l'avant-projet, mais qui sont susceptibles eux aussi de voir des informations confidentielles leur être confiées. Elle n'a pas fait l'objet de commentaires particuliers parmi les participants à la procédure de consultation.

S'agissant enfin de la question de savoir si le « **médecin fonctionnaire** » doit, outre le consentement du patient, également obtenir l'autorisation de témoigner auprès de son autorité hiérarchiquement supérieure, elle est résolue de la même façon que la solution préconisée dans le cadre de l'obligation de dénoncer. En effet, la doctrine dominante raisonne à nouveau à partir de la nature du fait confidentiel[1394].

Certains cantons ont résolu expressément la question dans ce sens, en s'attachant au statut que revêtait le praticien au moment même de l'acquisition des faits à propos desquels il est cité à comparaître. A Genève, par exemple, si le médecin a acquis les faits dans le cadre de l'exercice de sa profession, ils revêtent implicitement une nature médicale et il revient soit à la commission de surveillance des professions de la santé (s'il s'agit d'un praticien privé), soit à la commission de surveillance des activités médicales (s'il s'agit d'un praticien dépendant, oeuvrant en établissement public) de le délier. S'agissant en revanche des faits acquis par les praticiens d'un établissement public dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions et qui sont dès lors implicitement de nature administrative, il est prévu que ces soignants « *doivent demander sans retard au conseil d'administration [des Hôpitaux universitaires de Genève], par l'intermédiaire de leur direction, l'autorisation écrite de témoigner* » et qu'ils « *ne peuvent témoigner que dans le cadre de l'autorisation reçue* »[1395]. Il est alors précisé que l'autorité supérieure habilitée à lever le secret de fonction du personnel des hôpitaux publics du canton « *est le conseil d'administration des établissements, soit pour lui son président, et, en ce qui concerne ce dernier, le Conseil d'Etat* »[1396].

2.3.2.5.2 Faits justificatifs généraux

2.3.2.5.2.1 Acte ordonné ou permis par la loi et devoir de profession

S'agissant de l'acte ordonné par la loi, nous avons vu que certaines dispositions légales imposent au praticien une obligation de divulguer certaines informations pourtant couvertes par le secret. L'article 32 CP se réfère ainsi notamment à la législation fédérale[1397] et cantonale[1398] en matière de lutte contre les épidémies. En l'espèce, l'intérêt général à la sauvegarde de la santé de la population prime sur l'intérêt du particulier au maintien du secret. Cette disposition rend aussi compte des cas pour lesquels la révélation est également justifiée

[1393] Art. 180 al. 4 de l'avant-projet.
[1394] Voir nos développements et références citées *supra*, partie II, pt. 2.3.2.5.1.2 *in fine*.
[1395] Art. 9 al. 5 de la Loi sur les établissements publics médicaux (RSGE K 2 05).
[1396] Art. 9 al. 8 de ladite loi.
[1397] Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 18 décembre 1970 (Loi sur les épidémies ; RS 818.101).
[1398] Ces déclarations obligatoires sont notamment prévues à l'art. 119 de la Loi *fribourgeoise* sur la santé du 16 novembre 1999 (RSF 821.0.1) ; l'article 48 de la Loi de santé *neuchâteloise* du 6 février 1995 (RSN 800.1) ; les art. 98s de la Loi *vaudoise* sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSVD 800.01) et, pour le canton du *Tessin*, à l'article 68 de la Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario du 18 avril 1989 (RST 6.1.1.1).

si la loi la déclare permise. Outre certaines lois cantonales sanitaires, les articles 305ter al. 2, 321bis al. 2 et 358ter CP, l'article 14 al. 4 LCR et l'article 15 al. 1er LStup, notamment, prévoient on l'a vu une telle possibilité.

Aux termes de l'article 32 CP, certains actes sont enfin déclarés licites en raison d'un devoir de fonction ou de profession. Savoir si la révélation du secret est motivée par un tel devoir est en pratique difficile. Le praticien procède dans ce cadre lui-même à une pesée des intérêts en présence. Dans tous les cas, la révélation doit être indispensable, ne « *jamais aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre le but qui la justifie* »[1399], et être conforme aux règles de l'art.

KELLER[1400] dégage plusieurs conditions qui devraient être réunies avant que le médecin ne recourre à ce fait justificatif, soulignant de la sorte son caractère subsidiaire. En particulier, il est nécessaire que ni le consentement du patient, ni l'autorisation de l'autorité supérieure ne puissent être obtenus. En outre, la révélation doit poursuivre la sauvegarde des intérêts du patient et se révéler essentielle au succès du traitement, c'est-à-dire revêtir une finalité thérapeutique.

Pour MANAÏ[1401], « *c'est exclusivement l'intérêt du patient qui légitime* » la révélation ; dès lors *« l'information ne doit en aucun cas aller à l'encontre d[e son] refus préalable* ». La divulgation doit par ailleurs se borner « *à ce qui est essentiel pour une prise de décision conforme à l'intérêt du patient* ». Le médecin peut alors décider de révéler les informations sous le sceau du secret qu'il estime pertinentes à la poursuite du traitement[1402]. Pour certains auteurs, à défaut de pouvoir le recueillir, le consentement du patient à la divulgation peut ici être qualifié de présumé[1403].

Il demeure la question de savoir si le devoir professionnel peut être invoqué à l'égard de situations qui impliquent une révélation du secret médical à autrui quasi inévitable, pour ne pas dire indispensable[1404]. Il est courant par exemple que le médecin-chef d'une unité d'un établissement public hospitalier transmette à son personnel infirmier les informations médicales nécessaires à la prise en charge adéquate des patients placés sous sa responsabilité[1405]. Il n'est pas rare également qu'un médecin, dans le cadre de son activité, se voie contraint de recourir aux compétences d'un confrère spécialiste pour qu'il apprécie des radiographies[1406] ou tout autre résultat d'examens qui dépassent ses compétences. Il existe également des situations exceptionnelles[1407] ou des raisons thérapeutiques susceptibles de légitimer la révélation de certaines informations médicales aux proches de l'intéressé. Tel est

[1399] En d'autres termes, respecter le principe de proportionnalité. Cf. GRAVEN P. (1975), p. 1738. Voir également KELLER (1993), pp. 163-165.
[1400] KELLER (1993), p. 164.
[1401] MANAÏ (2000), p. 364.
[1402] Ainsi que l'expriment MARTIN-ACHARD/THEVENOZ (1985), p. 254 en effet, « *la mesure de ces révélations ne devra pas excéder ce qui est indispensable au traitement considéré* ».
[1403] Par exemple, RUSSEK (1954), p. 52 et REHBERG (1994), p. 351, qui cite d'autres exemples.
[1404] RUSSEK (1954), pp. 52s.
[1405] Dans le même sens, LANGMACK (1972), p. 72; BRANDA (1998), pp. 405s. Tel n'est pas le cas en l'espèce du « *médecin hospitalier qui transmet le dossier médical d'un patient sans son consentement exprès ou résultant d'actes concluants à des cliniques ou à d'autres médecins, ne lui ayant pas adressé le patient ni le suivant ultérieurement* ». Ce dernier se rend en effet coupable d'une violation du secret professionnel : RSJ 93(1997), Nr. 13, p. 265.
[1406] BJP 3/1989, n°617, p. 74.
[1407] Cf. par exemple RESTELLINI/UMMEL (2003), p. 152, qui citent la situation d'urgence médicale domiciliaire.

le cas par exemple lorsque ces derniers doivent s'investir personnellement dans la prise en charge du maître du secret, car son état nécessite leur aide[1408].

A notre avis, la *ratio legis* de l'article 32 CP ne permet pas au devoir professionnel de justifier la révélation du secret dans le cadre de ces situations, qui ont toutes à voir avec la continuité d'un traitement[1409]. En effet, elles présentent un caractère prédéterminé et itératif qui exclut l'application de l'article 32 CP. Cette disposition ne peut donc être invoquée dans des cas dont on peut prévoir qu'ils mèneront très probablement à une dérogation du secret médical.

Ces considérations sont également valables pour le personnel soignant d'un établissement pénitentiaire. Astreint au secret médical en raison de sa profession, mais également au secret de fonction en vertu de son statut, le médecin pénitentiaire est en effet habilité à invoquer soit le devoir professionnel s'agissant des informations transmises dans un but strictement médical, soit le devoir de fonction, pour sauvegarder l'intérêt de l'établissement et de la population qu'il abrite[1410]. De notre point de vue, le devoir professionnel pourrait légitimer un médecin à violer son secret médical en présence par exemple d'un détenu qui compromet gravement sa santé. Le devoir de fonction pourrait également constituer un fait justifiant la violation de son secret en présence par exemple d'un détenu qui menace très sérieusement d'incendier la cellule qu'il occupe. En revanche, ni l'un ni l'autre ne peuvent justifier un partage d'informations entre les membres de l'équipe médicale qui concourent à l'action thérapeutique, en raison de la portée limitée de l'article 32 CP. Deux constats nous confortent dans cette idée.

Premièrement, la doctrine majoritaire ne voit en l'article 32 CP qu'une norme de renvoi[1411]. En ce sens, le devoir de fonction et le devoir professionnel qu'il renferme ne constituent pas des faits justificatifs autonomes. Ils ne peuvent donc être invoqués qu'à l'appui d'une autre disposition légale qui les prévoit. L'article 14 nCP nous conforte dans cette constatation. En vertu de cette disposition, seul « *se comporte[ra] de manière licite* » celui qui « *agi[ra] comme la loi l'ordonne ou l'autorise, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi* ». Si le devoir de fonction, respectivement le devoir professionnel, ont été évincés de l'énoncé légal nouvelle mouture, c'est précisément pour remédier à toute confusion[1412]. Avec l'entrée en vigueur du Code pénal révisé, il ne sera donc plus possible de justifier une violation du secret médical et/ou de fonction à la lumière d'un devoir professionnel et/ou de fonction qui ne trouve pas expressément sa source dans la loi.

Deuxièmement, nous avons vu auparavant que le recours à cette disposition ne peut être que subsidiaire et ne concerner que des cas présentant un caractère exceptionnel. Or, typiquement, le partage d'informations médicales entre les soignants d'une équipe médicale pénitentiaire présume précisément un caractère systématique. Suivant cette logique, l'article 32 CP ne peut

[1408] Dans le même sens, cf. LÜCKER-BABEL (1999), p. 40.
[1409] En ce sens également, cf. SEELMANN in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), pp. 407s, n°11.
[1410] GRAVEN P. (1975), pp. 1738s: « *En effet, de même que l'intérêt du patient peut obliger le médecin-fonctionnaire à renseigner un autre médecin, de même l'intérêt du service public peut obliger le fonctionnaire-médecin à renseigner un autre fonctionnaire. Encore faut-il naturellement que la révélation soit « strictement nécessaire pour atteindre le but qui la justifie »* ».
[1411] Cf. KUNZ in GUILLOD/KUNZ/ZENGER (1991), pp. 350s; GRAVEN P. (1995), pp. 115ss; SEELMANN (1999), p. 59; KILLIAS (2001*b*), p. 97, n° 706; HURTADO POZO (2002), p. 131, n° 408; SEELMANN in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 405, n°1.
[1412] FF 1999 1787, 1811.

justifier cet échange. Il convient donc de se tourner vers d'autres pistes, parmi lesquelles la théorie du secret partagé que nous développerons ultérieurement.

2.3.2.5.2.2 Légitime défense

Aux termes de l'article 33 al. 1er CP « *celui qui est attaqué sans droit ou menacé sans droit d'une attaque imminente a le droit de repousser l'attaque par des moyens proportionnés aux circonstances (…)*». La légitime défense est la réponse, subsidiaire, à une attaque illégitime, imminente ou en cours. Elle est licite si proportionnée tant au regard du moyen utilisé pour parer à l'attaque qu'au regard du bien juridique visé. NOLL[1413] évoque la situation du médecin calomnié qui, pour rétablir la vérité, révèle des informations qui tombent sous le coup du secret auquel il est astreint. La condition du danger immédiat nous semble toutefois dans cet exemple ne pas être remplie. On peut en outre se demander si la violation du secret professionnel commise en état de légitime défense - et ce que cette violation implique en termes d'intérêts protégés - n'est pas dans un rapport disproportionné avec la défense du bien juridiquement protégé en l'espèce, à savoir l'honneur[1414]. En tout état de cause, il faut admettre que les situations dans lesquelles l'article 33 CP serait susceptible d'être invoqué pour justifier une violation du secret médical se révèlent très rares en pratique[1415]. RESTELLINI[1416] en donne certes plusieurs exemples, mais nous pensons qu'ils tombent précisément tous sous le coup de l'état de nécessité.

2.3.2.5.2.3 Etat de nécessité

Dans le cas où ni le consentement de l'intéressé, ni l'autorisation de l'autorité compétente ne peuvent être acquis en temps utile et qu'il est nécessaire d'intervenir rapidement pour écarter « *un danger imminent* » pour le patient lui-même (ch. 1) ou pour autrui (ch. 2) et « *impossible à détourner autrement* » que par la violation du secret médical, le soignant pourra invoquer l'état de nécessité. L'acte illicite doit être proportionné au danger perçu. Le(s) bien(s) protégé(s) doi(ven)t en outre être de valeur égale ou supérieure à celui ou ceux lésés par la violation du secret médical. La loi dresse une liste exemplative des biens que l'état de nécessité permet de défendre. La doctrine cite plusieurs exemples, le plus souvent concernant le chiffre 2 de cette disposition, c'est-à-dire des cas de violation destinée à protéger un ou plusieurs tiers. Par exemple, le médecin révèle des faits couverts par le secret afin d'éviter la contamination par le VIH du partenaire sexuel du maître du secret[1417], afin de prévenir la commission d'une infraction grave[1418] ou la condamnation d'un innocent[1419].

[1413] NOLL (1958), p. 249

[1414] WICKI (1972), p. 31; KELLER (1993), p. 166.

[1415] Cf. les développements de KUNZ in GUILLOD/KUNZ/ZENGER (1991), pp. 351s sur la légitime défense au profit d'autrui en présence d'un cas de séropositivité.

[1416] RESTELLINI (1985), pp. 42s.

[1417] KUNZ in GUILLOD/KUNZ/ZENGER (1991), pp. 352ss; STRATENWERTH (2000), par. 59, n°25; POLEDNA/BERGER (2002), p. 154, n°249; DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 489, par. 112.

[1418] HEIM (1944), p. 98 et p. 108; DUMOULIN J.-F. (2004), p. 34.

[1419] CLERC (1941), p. 3; GRAVEN P. (1975), p. 1739. En ce sens également, cf. FEDERATION DES MEDECINS SUISSES (1992), p. 129.

Le recours à l'article 34 est l'*ultima ratio*[1420]. Le danger doit être inévitable ; la lésion hautement probable. Dans la règle, le médecin ne peut trancher seul le conflit d'intérêts en présence ; il doit respecter le mécanisme de levée de son secret tel qu'il est prévu à l'article 321 ch. 2 CP. Dès lors, s'il viole son secret au motif de l'état de nécessité, il veillera, conformément à l'esprit de la norme, postérieurement et dans les meilleurs délais, à se faire relever de son secret par l'autorité compétente[1421]. Quoiqu'il en soit, il est fréquent que la condition de l'imminence du danger fasse défaut dans un cas de violation du secret médical. En outre et à l'instar de l'article 32 CP, l'article 34 CP ne peut être invoqué que dans des cas exceptionnels et non dans des situations « *prévisibles et répétitives* ». On ne saurait donc y « *recourir d'une manière quasiment institutionnalisée* »[1422].

2.3.2.5.3 Fait justificatif extra-légal

2.3.2.5.3.1 Le secret médical partagé

Si l'on s'en tient à la lettre de l'article 321 CP, le médecin est tenu au secret envers n'importe quel tiers, y compris les proches de son patient, aussi préoccupés qu'ils puissent être de l'état de ce dernier[1423]. Dans un même ordre d'idées, le médecin ne peut révéler à d'autres personnes, même liées par le secret médical, des faits concernant son patient[1424]. Sur le plan pratique, cette conception pose de nombreux problèmes ; dès lors se doit-elle d'être pondérée. Il serait effectivement absurde que le colloque entre confrères soit absolument prohibé au nom du secret médical, au risque de léser irrémédiablement les intérêts du patient qui auraient pu être sauvegardés grâce à un partage d'informations et de conseils. Dans le même sens, le médecin et ses auxiliaires directs doivent aussi pouvoir se communiquer mutuellement des informations tombant sous le sceau du secret[1425]. Il est en outre des situations dans lesquelles il est essentiel à la bonne conduite du traitement et à la prise d'une décision le concernant de renseigner les proches du patient[1426]. Les révélations faites dans l'intérêt du malade peuvent donc être justifiées dans certaines circonstances. Il en va aussi, indirectement, de l'intérêt de la profession médicale et d'une politique sanitaire coordonnée.

Bien qu'elle ne tire sa justification d'aucun dispositif légal ou réglementaire, la théorie du secret partagé entendue au sens **étroit** admet la révélation d'informations sous le sceau du secret entre confrères pour des motifs thérapeutiques et scientifiques[1427]. Cette théorie postule que l'échange des données médicales nécessaires aux intervenants astreints au secret professionnel et appelés à soigner la personne concernée est licite. Elle découle notamment de l'obligation des médecins de s'adresser à des spécialistes lorsqu'ils estiment leurs compétences limitées et des prises en charge par une équipe médicale dont les membres sont

[1420] SEELMANN in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 420, n°8.
[1421] Dans le même sens, MARTIN/GUILLOD (2000), p. 2051.
[1422] DE ROUGEMONT (2002), p. 89.
[1423] Voir également l'art. 11 par. 1er *in fine* du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003, aux termes duquel « *le médecin doit respecter [le secret médical] tout particulièrement à l'égard des membres de [l]a famille, des proches et de l'employeur du patient, ainsi que des assureurs* ».
[1424] Le secret médical valant également entre médecins. Cf. RSJ 93(1997), Nr. 13, p. 266.
[1425] REHBERG (1969), p. 578.
[1426] Sur la participation des proches du patient dans la prise de décision médicale, cf. MANAÏ (2003*b*).
[1427] BJP 3/1989, n°617, p. 74; KELLER (1993), p. 115.

contraints par la force des choses à s'échanger mutuellement des informations[1428]. Elle suppose la réunion de quatre conditions[1429] :

- les détenteurs du secret sont tous formellement astreints au secret professionnel ;
- ils agissent dans l'intérêt du patient ;
- ce dernier consent à cet échange ;
- le partage est limité aux informations strictement nécessaires à son traitement.

A l'instar des développements consacrés au partage du secret de fonction entre les agents et/ou les autorités publics, la transmission entre soignants de données médicales relatives à leur patient n'est à notre sens pas une exception *stricto sensu* au secret médical. En effet, les informations couvertes par l'obligation de secret demeurent protégées. Il est donc question ici aussi d'une extension de la titularité du secret, au-delà de son ou de ses détenteur(s) originel(s), le(s)quel(s) sont également astreints à cette obligation de confidentialité.

Le principe du secret professionnel partagé est reconnu, dans les limites précitées, par le Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH). Il est souligné en particulier que si le secret médical vaut même entre confrères, il doit être admis qu'« *en cas de collaboration entre plusieurs médecins (consilium, patient confié à un autre médecin, hospitalisation, etc.), le consentement du patient pour la transmission des renseignements médicaux en relation avec le cas peut, en règle générale, être considéré comme acquis* »[1430]. Il est rappelé ensuite que « *le médecin est conscient des limites de ses compétences et de ses possibilités. Si l'intérêt du patient l'exige, il doit faire appel à des médecins consultants, à des représentants de professions paramédicales ou à des services sociaux. Il veille à une bonne coopération entre les divers intervenants* »[1431]. Enfin, « *lorsqu'ils soignent un même patient, les médecins cherchent une bonne collaboration entre eux. Sur demande et* ***pour autant que le patient y consente*** [nous soulignons], *le médecin informe ses confrères de ses constatations et des traitements entrepris* »[1432].

Dans ces conditions, il est erroné de fonder la conception du secret partagé entendu au sens étroit sur le devoir professionnel érigé à l'article 32 CP. Cette disposition ne concerne que les cas urgents et/ou rarissimes, alors que le secret partagé s'adresse précisément à des situations qui présentent un caractère répétitif. En ce sens, la théorie du secret partagé comble une lacune de la loi. Elle rend compte de l'intérêt du maître du secret, mais également de celui de la profession médicale et de la politique sanitaire.

[1428] Tel qu'en atteste l'intervention du Prof. MOLINARI aux 10èmes journées de droit de la santé, tenues à Neuchâtel les 11 et 12 septembre 2003. Dans le cadre de son exposé présentant notamment l'évolution du droit de la santé, il a souligné l'émergence d'équipes soignantes de plus en plus « éclatées ». Face à cette prise en charge plurielle, il constate que c'est bien plus une continuité dans la dispense des soins qui importe qu'une continuité dans la personne du/des soignants. Partant, il est fondamental qu'un échange d'informations entre les soignants successifs puisse s'effectuer. Dans le même sens et au début des années 1970 déjà, FAROUZ (1973), p. 90 indiquait que « *dans les formes collectives et contemporaines d'exercice médical, le secret n'est plus détenu ou n'est pas détenu par le seul médecin* ».

[1429] VIRET (1972-73), p. 229; HARDING (1995), p. 417; HOERNI/BÉNÉZECH (1996), pp. 53-56.

[1430] Art. 11 par. 3 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003.

[1431] Art. 15 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003.

[1432] Art. 24, 1er et 2ème par. du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003.

2.3.2.5.3.1.1 Dans l'intérêt du maître du secret

Pour garantir la continuité et la qualité des soins prodigués au patient, il est essentiel que les informations médicales le concernant puissent être partagées entre les différents professionnels de la santé impliqués dans sa prise en charge. L'intérêt du patient est ici avancé. En sa qualité de maître du secret, il doit être informé de cet échange et y consentir librement. Dans le même esprit, le secret médical partagé enjoint les praticiens à ne se transmettre que les informations « *nécessaires, pertinentes et non excessives, en rapport direct avec le[ur] domaine d'intervention* »[1433].

Notons à ce propos que la Déclaration de l'Organisation mondiale de la santé sur la promotion des droits des patients en Europe présume le consentement du patient lorsque des informations sont échangées entre les soignants qui concourent à son traitement[1434]. GUILLOD remarque toutefois à juste titre que l'« *on ne peut pas, juridiquement, parler d'un consentement **présumé** quand on peut recueillir le consentement de la personne concernée (…). C'est d'un consentement **tacite** qu'il s'agi[t]* »[1435].

2.3.2.5.3.1.2 Dans l'intérêt de la profession médicale et de la politique sanitaire

Le concours de plusieurs soignants dans la prise en charge d'un même patient fonde la nécessité pour ces derniers de s'échanger mutuellement les informations qui le concernent. Il est dans l'intérêt de leur profession que leurs interventions répondent aussi efficacement que possible aux cas qui se présentent à eux. Dans un même temps, les enjeux socio-économiques auxquels doivent répondre nos sociétés occidentales impliquent que soient partagées des informations protégées par le secret médical, dans l'intérêt d'une politique sanitaire cohérente et coordonnée[1436]. Par exemple, un médecin-traitant peut être amené à transmettre des informations portant sur son patient à des collègues étrangers à la prise en charge de ce dernier et qui sont issus tant du secteur privé ou public, tels que les médecins-conseils des assurances privées et sociales.

En résumé, bien que le secret médical partagé soit sujet à conditions, il y a tout lieu de penser que son champ d'application matériel et personnel est appelé à l'avenir à s'étendre plus encore[1437], en raison notamment de l'évolution des pratiques médicales, des nouveaux modes de prise en charge des patients et des enjeux sociaux et économiques auxquels la politique sanitaire est confrontée. La médecine se révèle en effet de plus en plus technique et performante, suggérant la réunion de compétences spécifiques très diverses. Par ailleurs, les soins sont désormais fréquemment prodigués par des équipes pluridisciplinaires, qui dépassent le cadre déjà large des seuls professionnels de la santé. Enfin, la sécurité sociale, en proie à de sérieuses difficultés financières, est appelée à devenir de plus en plus intrusive, afin

[1433] MARCELLI (1998), p. 1. Dans le même sens, HOERNI (1997), p. 52. Les auteurs suisses qualifient lesdites informations de « *strictement nécessaires* ».
[1434] Titre 4, ch. 2 *in fine* de la Déclaration de l'OMS sur la promotion des droits des patients en Europe, adoptée à Amsterdam le 30 mars 1994 : « *Le consentement peut être présumé lorsque les informations sont communiquées à d'autres dispensateurs de soins participant au traitement du patient* ». Dans le même sens, cf. DUBOUIS (1995), p. 204.
[1435] GUILLOD O. (1995), p. 444.
[1436] Pour un exemple de facteurs économiques et sociaux qui ont provoqué « *l'extension du secret partagé* », voir FAROUZ (1973), pp. 90s.
[1437] Et le champ d'application du secret médical entendu au sens strict de se réduire dès lors d'autant.

de contenir ses pertes et d'évaluer les risques futurs auxquels elle devra faire face. Sur ces trois tendances pèse en outre une démarche relativement récente d'appréciation ponctuelle du système de soins de santé entendu dans sa globalité[1438], qui aboutit forcément à atténuer la portée du secret médical. Dans le cadre de ces processus d'évaluation en effet, le secret est susceptible, sinon d'être levé, à tout le moins d'être partagé avec les préposés aux dits contrôles.

Au terme de l'examen des faits susceptibles de justifier une violation du secret médical, il nous apparaît qu'un certain nombre de situations liées au secret et à son éventuelle violation demeurent irrésolues. Nous constatons en particulier que les faits justificatifs généraux ne peuvent généralement être admis, soit que les cas pour lesquels ils sont invoqués présentent un caractère répétitif, soit qu'ils ne satisfont pas à l'exigence d'une urgence ; l'une et l'autre alternative excluant leur application. Il serait dès lors temps selon nous que le législateur se décide à clarifier par voie législative un certain nombre d'exceptions au secret médical, eu égard aux circonstances particulières auxquelles les praticiens sont confrontés de manière itérative et en tenant compte de la théorie du secret partagé qui permettrait de mieux les délimiter.

S'agissant en particulier des problèmes que pose l'observation du secret médical en milieu carcéral, nous pensons pertinent d'approfondir cette théorie. Transposée en les murs, il conviendrait en particulier de mieux la préciser et d'étendre son champ d'application personnel.

2.3.2.5.3.2 Le secret médical partagé "incarcéré"

Il est des circonstances en milieu carcéral qui impliquent du secret qu'il soit partagé entre plusieurs professionnels tenus à des obligations de confidentialité distinctes et auxquels incombent des missions différentes. C'est précisément dans ce cadre que le secret partagé pourrait être entendu au sens **large**[1439]. Sa reconnaissance résulterait notamment de la pénétration en les murs, depuis maintenant plusieurs décennies, d'une pluralité d'intervenants, dont découle un nécessaire partage des tâches dans l'encadrement des personnes incarcérées. Elle reposerait dès lors sur les exigences d'une prise en charge plurielle du patient-détenu, qui ne se limite pas à un cercle restreint de détenteurs du même secret professionnel et transcende en particulier les seuls besoins d'un traitement médical. Le secret médical partagé ne pourrait être invoqué qu'à l'occasion de certaines circonstances particulières, pour lesquelles le concours du médecin se révèle soit absolument nécessaire, soit recommandé, dans l'intérêt de son patient-détenu et dans le cadre circonscrit de son encadrement pluri- et interdisciplinaire[1440].

[1438] Que se soit à l'échelle nationale, locale ou des pratiques, c'est-à-dire notamment par le biais d'évaluations de l'Office fédéral de la santé publique, par des procédures internes aux institutions hospitalières, par la surveillance des commissions sanitaires cantonales compétentes, voire même par un contrôle informel entre pairs, praticiens réunis au sein d'une association professionnelle.

[1439] Sur la distinction que nous opérons entre secret partagé entendu au sens étroit et secret partagé entendu au sens large, voir nos premiers développements *supra*, partie I, pt. 1.3.3.1.

[1440] Pour FRISON-ROCHE (1999), p. 65, ce type de « *recomposition des secrets professionnels correspond à (…) la transdisciplinarité des démarches efficaces* ».

Les informations ici révélées se limiteraient à celles nécessaires et pertinentes à la préparation en commun de préavis nécessaires à une prise de décision ultérieure sur un objet prédéterminé. Le patient-détenu serait informé, tant au cours de son entretien d'arrivée que de sa visite médicale d'entrée de la politique d'échange préconisée. Il lui serait en particulier expliqué à quelles occasions des données médicales le concernant doivent être révélées aux autres intervenants impliqués dans sa prise en charge. Le protocole du partage et les buts qu'il poursuit lui seraient en outre précisés.

La question de l'obtention de l'accord du détenu sur le partage des informations ici envisagé se pose avec une certaine acuité. Ce serait en effet se méprendre que d'admettre qu'il est possible d'obtenir à cette occasion son libre consentement. A l'instar de nombre décisions le concernant, on recourrait plutôt dans ce cadre au concept de « *consensualisme imparfait* ». Ce processus, rappelons-le, conduit le condamné à adhérer ou non à une proposition qui lui est soumise - en l'occurrence, que certaines informations le concernant soient partagées, dans des circonstances délimitées, entre les intervenants convoqués à son encadrement -, l'autorité disposant en dernier lieu.

Au titre troisième de ce travail, nous verrons précisément de quelle façon il serait envisageable de concrétiser dans la loi cette théorie du secret partagé entendu au sens large.

2.3.2.6 Révélation punissable

L'article 321 CP sanctionne la personne, expressément mentionnée dans la loi, qui vient à révéler un fait appris en vertu de sa qualité. Il y a donc violation du secret lorsque son détenteur, ici le médecin, le rend accessible à un ou plusieurs tiers non autorisé(s). Le nombre de personnes auxquelles est dévoilé le secret et les conséquences de cette révélation sur le maître du secret importent peu, bien que « *de tels faits [puissent] être pris en compte dans l'appréciation de la peine* »[1441]. Par ailleurs, le moyen auquel recourt le détenteur du secret pour le communiquer et le moment de sa divulgation ne sont pas déterminants. Peu importe par exemple qu'il le révèle par écrit, oralement[1442], par remise de document ou d'autres objets[1443], via mail, par fax, moyens audio ou vidéo[1444]. Il est sans pertinence également que le destinataire de la révélation en prenne effectivement connaissance, puisque le seul fait de rendre accessible le secret constitue déjà, objectivement, l'infraction[1445]. Le secret est dans la règle[1446] aussi violé s'il est dévoilé à une tierce personne elle-même astreinte au secret[1447]. Enfin, il peut également être révélé par omission, par exemple lorsque son détenteur ne prend pas les précautions nécessaires pour le préserver.

[1441] GUILLOD/GIAUQUE (1999), p. 58.
[1442] REAL (1972), p. 147; CORBOZ (2002), p. 656, n°71; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), pp. 2059s, n°15.
[1443] ATF 75 IV 71, 75.
[1444] GUILLOD O. (1996), p. 55.
[1445] BJP 3/2000, n°803, p. 75.
[1446] Nous avons vu en effet - et nous y reviendrons - que le secret peut être partagé dans certaines situations, notamment lorsque plusieurs soignants concourent au traitement d'un même patient.
[1447] ATF 106 IV 131, 132. Admis néanmoins à l'ATF 119 II 222, 226 dans une affaire de transfert du *goodwill* d'un cabinet médical à un confrère d'un médecin décédé. Pour une analyse critique de cet arrêt, sous l'angle en particulier du droit à la protection de la personnalité, cf. PROBST (1994).

La révélation doit en principe être consciente et volontaire ; le dol éventuel suffit néanmoins[1448]. En revanche, la violation du secret médical par négligence n'est pas punissable. Il peut parfois s'avérer difficile de déterminer si le comportement de l'auteur résulte d'une négligence ou du dol éventuel. A titre d'illustration, si un collaborateur du service médical de l'établissement pénitentiaire omet par paresse de replacer en lieu sûr le dossier médical d'un patient-détenu, sachant pertinemment qu'il est de son devoir de protéger ce document, et que ce dernier vient à être exploité par un tiers, le collaborateur en question pourra être poursuivi pour violation du secret médical. Il incombe en effet au professionnel de la santé de s'entourer de toutes les mesures de précautions nécessaires à l'accomplissement adéquat de son art et au respect de ses obligations, telle que la confidentialité[1449]. Si à l'inverse ce même collaborateur a été contraint de quitter en toute urgence le lieu de consultation pour une intervention en cellule, qu'il oublie sur ces entrefaits de cadenasser le tiroir dans lequel se trouvent les dossiers médicaux et qu'un tiers curieux en prend connaissance, il ne sera probablement pas sanctionné pénalement pour violation du secret médical[1450]. Il n'en demeure pas moins que cette infraction commise par négligence peut bien entendu entraîner pour son auteur une sanction civile et/ou disciplinaire[1451].

S'agissant du degré de réalisation de l'infraction, le délit est réalisé une fois que tout ou partie des faits couverts par le secret est parvenu à la connaissance d'un tiers non autorisé. Pour certains auteurs, la tentative de violation du secret professionnel est également punissable[1452].

Enfin, l'erreur sur les faits[1453] est admise à l'égard du médecin qui se croit à tort délié de son secret et qui vient à le révéler[1454]. Quant à l'erreur de droit[1455], elle peut être admise si l'auteur a eu des « *raisons suffisantes de se croire en droit d'agir* »[1456].

2.3.2.7 Poursuite

La violation du secret médical est punissable sur plainte[1457]. L'article 28 CP habilite toute personne lésée à porter plainte, à l'exception de celle qui n'a pas l'exercice des droits civils. Dans une approche similaire à celle que nous avons adoptée pour le consentement de l'intéressé à la levée[1458], nous estimons que les personnes concernées par le secret doivent également être titulaires du droit de porter plainte[1459]. Qu'elles soient à la source ou au cœur

[1448] DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 484, par. 112.
[1449] *Contra* : SCHULTZ (1979), p. 373 pour lequel ce comportement ne peut faire l'objet que d'une sanction disciplinaire.
[1450] Pour d'autres exemples, cf. REHBERG (1969), p. 578.
[1451] EGLI (1959), p. 105.
[1452] DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 485, par. 112.
[1453] Art. 19 CP.
[1454] THORMANN/VON OVERBECK (1941), p. 472, n°19; KUNZ in GUILLOD/KUNZ/ZENGER (1991), p. 337; BOINAY (1998), p. 54.
[1455] Art. 20 CP.
[1456] Pour un exemple, cf. l'ATF 120 IV 313.
[1457] Pour quelques raisons invoquées à l'appui d'une poursuite sur plainte, cf. HEIM (1944), pp. 77s et DE HALLER (1980), p. 8, selon laquelle « *la poursuite d'office aurait souvent cette conséquence néfaste de donner au secret une publicité plus grande que celle de la seule révélation* ».
[1458] Cf. *supra*, partie II, pt. 2.3.2.5.1.1.
[1459] Dans le même sens, cf. GUILLOD O. (1996), p. 55, qui s'appuie sur un arrêt non publié du Tribunal fédéral du 24 septembre 1992.

du secret, elles sont aussi maîtres, certes "par procuration", des faits les concernant[1460]. Par ailleurs, si le lésé n'a pas l'exercice des droits civils, le droit de plainte appartient au représentant légal. S'il est sous tutelle, il appartient à l'autorité tutélaire[1461].

Tel qu'évoqué précédemment, le secret médical perdure au-delà de la mort de son maître. Qu'en est-il dès lors du droit de plainte de ses proches et/ou héritiers ? Aux termes de l'article 28 CP, il convient de distinguer si le secret a été violé du vivant du maître du secret ou non. Dans le premier cas de figure, son droit de porter plainte passera à chacun de ses héritiers, pour autant qu'il n'ait pas lui-même porté plainte ni expressément renoncé à le faire[1462]. Dans le deuxième cas de figure, il n'y a pour les proches survivants de possibilité de porter plainte que s'ils sont directement lésés par la révélation. Si la divulgation du secret après la mort de l'intéressé ne peut être poursuivie sur plainte de ses proches que sous réserve de cette exception, nous estimons avec KELLER que le droit au secret *post mortem* resterait *lettre morte*[1463]. Les proches devraient par conséquent à notre sens avoir qualité pour porter plainte, indépendamment du fait qu'ils aient été ou non directement lésés[1464].

Enfin, l'action pénale se prescrit par sept ans à compter du jour de la connaissance de la violation du secret médical, conformément à l'article 70 CP.

2.3.2.8 Sanctions

Sous réserve du concours avec une infraction plus sévèrement réprimée, la violation intentionnelle du secret professionnel est passible d'une peine de trois ans d'emprisonnement, susceptible, aux termes de l'article 50 al. 2 CP, d'être cumulée avec l'amende.

Qu'il ait agit intentionnellement ou par négligence, l'auteur pourra également être condamné au civil, sur la base de l'article 28 CC. Il pourra alors lui incomber, par exemple, de réparer le préjudice subi par le maître du secret. Une sanction administrative prévue par le droit cantonal pourra en outre lui être infligée[1465]. Nous pensons en particulier avec BOINAY que le médecin pénitentiaire est soumis en principe au droit disciplinaire de la fonction publique[1466]. L'établissement qui l'emploie pourrait donc aller jusqu'à mettre fin aux rapports de service[1467].

[1460] FILLI (1987), p. 61. *Contra*: HEIM (1944), p. 78.
[1461] Art. 28 al. 2 CP.
[1462] Art. 28 al. 4 CP.
[1463] KELLER (1993), p. 83.
[1464] *Contra* : NOLL (1958), p. 244; FILLI (1987), p. 69. Tel que le souligne toutefois PIOTET (1996), pp. 338s, il s'avère plus aisé de motiver cette interprétation sous l'angle de la protection des droits de la personnalité des proches du défunt.
[1465] Cf. par exemple l'ATF 97 I 831, 835ss pour les avocats, applicable *mutatis mutandis* aux médecins. Les conditions d'application de la sanction administrative, comme le relèvent FAVRE/STOUDMANN (1998), p. 312, pourront être différentes de celles relatives à la sanction pénale, dont elle est d'ailleurs, rappellons-le, indépendante. Typiquement, le dépôt d'une plainte pourra ne pas être exigé.
[1466] BOINAY (1998), p. 34. Pour les professions libérales, les lois sanitaires cantonales prévoient des sanctions allant du simple avertissement au retrait, temporaire ou définitif, de l'autorisation de pratiquer. Cf. par exemple, les art. 108ss de la Loi genevoise sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 (RSG K 3 05).
[1467] Cf. par exemple l'art. 16 de la Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (RSG B 5 05).

2.3.2.9 Données chiffrées

Les relevés de l'Office fédéral de la statistique dénombrent dix-sept violations du secret professionnel en l'an 2003[1468]. Ce chiffre ne distingue pas les infractions à l'article 321 CP commises par les professionnels de la santé de celles réalisées par les autres personnes énumérées par cette disposition. Les décisions publiées dans les recueils de jurisprudence cantonaux et celles mentionnées dans les revues spécialisées attestent cependant que sont principalement concernés les avocats, suivis de très près par les médecins. Nous devons relever que l'année 2003 est exceptionnelle. Seuls trente-trois cas de violations avérées du secret professionnel ont en effet été comptabilisés en dix-neuf ans, soit de 1984 à 2002.

Au regard de ces chiffres, doit-on conclure à la très grande constance des détenteurs du secret, au désintérêt de ses maîtres ou, simplement, à un cadre légal qui échappe à la pratique ? A l'instar des hypothèses émises pour les données relatives au secret de fonction, la question reste ouverte. Nous soulignons néanmoins avec FAVRE que les médecins sont, comme les avocats et les notaires, souvent « *bien plus concernés par une mesure disciplinaire* »[1469], laquelle demeure indépendante du dépôt d'une plainte pénale. En tout état de cause, s'il ne s'agit pas de diaboliser les manquements des professionnels à leur obligation de confidentialité, il convient de se garder de tout angélisme. Il faut admettre en effet que les violations du secret professionnel sont en pratique relativement fréquentes. Il suffit pour s'en convaincre de participer à un repas d'avocats stagiaires ou de passer une journée aux urgences d'un établissement hospitalier. Ces violations du secret professionnel ne sont toutefois pas portées devant les tribunaux, car le maître du secret n'a que rarement connaissance de l'infraction, poursuivie sur plainte.

2.3.3 Le secret médical sous l'angle de la législation cantonale

Les législations cantonales sanitaires prévoient toutes expressément l'obligation pour le soignant de respecter le secret médical. La portée personnelle du secret qu'elles instituent se distingue toutefois de celle prévue à l'article 321 CP. Le champ d'application *ratione personae* du secret médical s'avère en effet beaucoup plus étendu dans les législations cantonales qu'il ne l'est dans le Code pénal. Alors que l'article 321 CP se limite aux membres des professions médicales et leurs auxiliaires, les listes de professions soumises à la surveillance des autorités sanitaires cantonales énumèrent une variété d'autres professions de la santé. Ces listes varient en outre d'un canton à l'autre. Par ailleurs, la conception du secret médical privilégiée au niveau cantonal diffère manifestement de celle retenue en droit pénal fédéral.

[1468] Etat de la banque de données au 12 août 2004. Ces chiffres sont disponibles sur le site de l'Office fédéral de la statistique : http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index.html, rubriques : Droit et justice/Criminalité et exécution des peines/Condamnations pénales (adultes)/Chiffres clés/Infractions - Lois/Infractions en détail.
[1469] FAVRE (2003), p. 77.

2.3.3.1 Fribourg

Aux termes de l'article 89 de la Loi fribourgeoise sur la santé[1470], toute personne exerçant une profession de la santé, ainsi que ses auxiliaires, est astreinte au secret professionnel. Selon l'alinéa 2, le secret a pour finalité de protéger la sphère privée du patient. Il est précisé également qu'il vaut à l'égard des autres soignants, à moins que l'intérêt du patient le commande autrement. Dans ce cas, encore faut-il que ce dernier ait donné son consentement au partage des informations le concernant.

Pour connaître les professions soumises au secret médical, l'article 75 al. 3 de ladite loi renvoie à l'article 1er du Règlement concernant les fournisseurs de soins et la Commission de surveillance[1471]. Cette disposition institue une liste des professions dressée par le Conseil d'Etat et qui va au-delà des seules professions énumérées à l'article 321 CP.

L'article 128 lit. i de la loi sanctionne de l'amende jusqu'à 100'000.- ou des arrêts jusqu'à trois mois, celui qui viole le secret professionnel auquel il est tenu. Les deux peines sont susceptibles d'être cumulées. La tentative de violation du secret est également punissable.

2.3.3.2 Genève

La législation genevoise distingue on l'a vu selon que le praticien exerce à titre privé ou au sein d'une institution publique[1472]. La Loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical[1473] s'adresse exclusivement aux personnes pratiquant de manière indépendante et aux institutions privées. Son article 3 dresse une liste exhaustive des professionnels de la santé privés astreints au secret médical prévu à son article 11. Cette liste dépasse également l'étendue personnelle prévue à l'article 321 CP.

Le 13 janvier 1983, dix-sept associations et organisations politiques déposaient à la Chancellerie de l'Etat de Genève une initiative populaire intitulée « *pour les droits des malades* ». Sur cette base et au mois de mai de la même année, le Grand Conseil adoptait un projet de loi concernant les rapports entre les membres des professions de la santé et les patients, lequel fut accepté par le peuple le 6 décembre 1987[1474]. Destinée essentiellement à « *renforcer la protection du patient face au médecin* », cette loi s'adresse à l'ensemble des professionnels de la santé, privés et publics[1475]. Les soignants du secteur public sont donc tenus à l'obligation de secret qu'elle érige à son article 4, dont la portée personnelle va aussi au-delà de celle retenue à l'article 321 CP.

[1470] Loi sur la santé du 16 novembre 1999 (RSF 821.0.1).
[1471] Règlement concernant les fournisseurs de soins et la Commission de surveillance du 21 novembre 2000 (RSF 821.0.12).
[1472] Cf. *supra*, partie II, pt. 2.3.2.5.1.2.
[1473] Loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 25 juillet 2001(RSG K 3 05).
[1474] Loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987 (RSG K 1 80).
[1475] BLANCHARD (2003*a*), p. 762.

Par ailleurs, l'article 9 de la Loi sur les établissements publics médicaux[1476] confirme à son alinéa premier que sont astreints au secret de fonction les conseils d'administration, les directeurs et le personnel des établissements « *sans préjudice de leur soumission, pour ceux qui y sont tenus, au secret professionnel des médecins et de leurs auxiliaires institué par l'article 321 du code pénal* ». Cette disposition renvoie par conséquent expressément à l'article 321 CP, s'agissant des professionnels de la santé exerçant au sein d'un établissement public.

2.3.3.3 Jura

L'article 46 al. 1er de la Loi sanitaire jurassienne[1477] dresse la liste des professions de la santé exercées à titre indépendant - et pour lesquelles une autorisation doit être délivrée - qui sont soumises au secret. Au même titre que les membres des professions médicales, les professionnels de la santé du secteur privé sont tenus au secret médical de l'article 321 CP, en vertu de l'article 53 al. 2 de ladite loi.

La législation jurassienne prévoit en outre une série d'ordonnances consacrées à l'exercice de chaque profession sanitaire. Toutes précisent le secret auquel sont astreints les professionnels qu'elles concernent[1478]. La portée personnelle du secret médical se révèle donc également plus étendue qu'elle ne l'est dans le Code pénal, quand bien même elle ne s'étend pas ici aux praticiens qui exercent à titre dépendant.

2.3.3.4 Neuchâtel

Le secret médical est érigé à l'article 62 de la Loi neuchâteloise de santé[1479]. Il est précisé qu'il poursuit le « *but de protéger la sphère privée du patient* ». Il s'impose non seulement aux professionnels énumérés à l'article 321 CP, mais également aux autres professions de la santé listées à l'article 52 al. 1er de la loi, ainsi qu'à leurs auxiliaires. Curiosité locale, il se peut en outre qu'il s'étende un jour aux « *opérateurs ou opératrices du numéro sanitaire d'urgence* », suite à la révision récente de la loi de santé[1480]. Fonctionnaires de l'Etat assermentés, les opérateurs du numéro sanitaire d'urgence sont chargés de répondre aux appels destinés à la centrale des transmissions et des alarmes pour le compte de la police cantonale. Dans le cadre de leur activité, ils peuvent donc recueillir des informations médicales (demandes de renseignements et urgences), qu'ils transmettent ensuite aux autorités sanitaires compétentes, voire parfois aussi aux autorités policières. Il n'est pas dans notre propos de s'attarder sur les craintes qui ont conduit le politique à adopter une telle disposition[1481]. Il nous apparaît toutefois contraire à la *ratio legis* de l'article 321 CP d'étendre ainsi son champ d'application personnel. En outre, ces personnes ne remplissent pas

[1476] Loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (RSG K 2 05).
[1477] Loi sanitaire du 14 décembre 1990 (RSJU 810.01).
[1478] Cf. par exemple l'art. 14 de l'Ordonnance concernant l'exercice de la médecine du 7 septembre 1993 (RSJU 811.111) et l'art. 14 de l'Ordonnance concernant l'exercice de la profession d'infirmière et infirmier du 30 novembre 1993 (RSJU 811.217).
[1479] Loi de santé du 6 février 1995 (RSN 800.1)
[1480] Voir la Feuille officielle de la République et canton de Neuchâtel, n° 10, du 4 février 2005. La date d'entrée en vigueur de l'art. 62 al. 1er n'a toutefois pas encore été arrêtée.
[1481] A ce propos, lire le procès-verbal des délibérations du Grand Conseil neuchâtelois lors de sa séance du 25 janvier 2005, pp. 115-120.

les critères pour être qualifiées d'auxiliaires d'un médecin. Pour résoudre le conflit de devoirs de ces fonctionnaires, il aurait très probablement été plus avisé de raisonner plus au niveau de leur statut et de leurs missions, qu'en fonction de la nature des informations portées à leur connaissance.

2.3.3.5 Tessin

L'article 20 de la Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario[1482] institue le secret professionnel du soignant et de ses auxiliaires dans un but de protection de la sphère privée du patient.

L'article 54 al. 1er de cette loi indique quels sont les professionnels de la santé soumis au secret médical, plus nombreux également que ne le postule l'article 321 CP. Notons que la langue italienne est à cet égard plus précise que ne l'est la langue française. Pour souligner la portée personnelle de l'article 20 précité, elle recourt en effet à la notion de « *segreto sanitario* » et non de *« segreto medico* » ; ce dernier ne concernant que les membres des professions médicales[1483].

2.3.3.6 Valais

L'article 35 de la Loi valaisanne sur la santé[1484] déclare tous les professionnels de la santé « *tenus au secret professionnel* », dans le respect de la sphère privée du patient. Il précise en outre que le partage du secret entre soignants n'est pas punissable, pour autant que le patient y consente et que ses intérêts le justifient.

L'article 51 al. 2 de ladite loi renvoie à la liste des professions établie par le Conseil d'Etat pour déterminer les personnes qui y sont soumises. Cette liste, comprise à l'article premier de l'Ordonnance d'application[1485], transcende également le cercle des professionnels de la santé mentionnés à l'article 321 CP.

2.3.3.7 Vaud

Aux termes de l'article 80 de la loi vaudoise sur la santé publique[1486], tous les professionnels de la santé et leurs auxiliaires sont astreints au secret médical, lequel « *a pour but de protéger la sphère privée du patient* ». Il est précisé que le secret médical s'applique même entre professionnels de la santé. Si les intérêts du patient l'exigent et sous réserve de son consentement, les professionnels de la santé peuvent toutefois se partager les informations le concernant.

[1482] Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario du 18 avril 1989 (Legge sanitaria; RST 6.1.1.1).
[1483] BRANDA (1998), p. 400.
[1484] Loi sur la santé du 9 février 1996 (RSVS 800.1).
[1485] Ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance du 20 novembre 1996 (RSVS 811.10).
[1486] Loi sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSVD 800.01).

L'article premier du Règlement concernant l'exercice des professions de la santé[1487] indique quelles sont celles soumises au chapitre VII de la loi sanitaire, lequel postule notamment l'obligation de secret. Là encore, les professions de la santé astreintes au secret sont plus nombreuses que celles assujetties à l'article 321 CP.

2.3.3.8 Eléments communs

Toutes les dispositions cantonales précitées enjoignent les auxiliaires des professionnels de la santé à respecter également le secret médical. Ce terme générique rassemble en particulier les assistants médicaux, les laborantins et les secrétaires médicaux[1488].

Toutes les législations cantonales sanitaires évoquées étendent l'obligation de secret à des personnes qui ne tombent pas dans le champ d'application personnel du secret médical érigé à l'article 321 CP.

S'agissant des intérêts protégés par le secret avancés dans les législations cantonales, nous constatons que nombre d'entre elles affirment expressément que le secret médical est institué dans le but de défendre l'intérêt privé du patient[1489]. Elles s'écartent en ce sens de la conception des intérêts protégés reconnue à l'article 321 CP, lequel poursuit une pluralité d'intérêts, tant privés que publics.

En marge des législations sanitaires précitées, mais toujours à l'échelon cantonal, il faut relever qu'il existe des dispositions en matière de confidentialité dans les règlements cantonaux sur les établissements de détention. Ces dispositions s'appliquent également au personnel soignant pénitentiaire et viennent dès lors se superposer à celles retenues dans les législations cantonales sur la santé. Ainsi en est-il par exemple, bien qu'en filigrane, dans le canton du Valais[1490]. Tel est le cas également, mais de manière plus précise, dans le canton de Genève[1491], puis dans celui de Vaud, dans les règlements se rapportant à plusieurs de ses lieux de détention[1492].

Le personnel soignant pénitentiaire tombe également sous le coup de la législation relative à la protection des données, puisqu'il manie des données personnelles, qualifiées au surplus de sensibles. Nous y reviendrons ultérieurement, dans le cadre du chapitre dédié au droit de la protection des données.

Enfin, nous répétons que le soignant d'un établissement pénitentiaire, s'il viole son secret de fonction, respectivement s'il déroge à son secret médical, pourra aussi se voir infliger une

---

[1487] Règlement concernant l'exercice des professions de la santé du 10 septembre 2003 (RSVD 811.01.1).
[1488] REAL (1972), p. 148.
[1489] La Loi genevoise concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987 (RSG K 1. 80) prévoit de façon radicale à son article 4 que « *Les obligations découlant de l'article 321 du code pénal suisse sont instituées dans l'intérêt* ***exclusif*** [nous soulignons] *du patient* ».
[1490] Art. 42 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200).
[1491] Art. 8 al. 2 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.04).
[1492] Art. 29 du Règlement des Etablissements de la plaine de l'Orbe du 20 janvier 1982 (RSVD 340.11.1), art. 21 du Règlement de la prison de Bois-Mermet à Lausanne du 9 septembre 1977 (RSVD 340.11.2) et art. 13 du Règlement sur l'organisation et le personnel de la prison de la Tuilière du 12 juin 1992 (RSVD 340.11.5).

sanction disciplinaire, c'est-à-dire une sanction de nature administrative expressément prévue dans la législation cantonale.

2.3.4 Le secret médical sous l'angle de la déontologie

Etymologiquement, le terme déontologie dérive du mot grec « *deon-ontos* », qui se traduit littéralement par « ce qui est convenable, ce qui convient », et « *logos* », qui signifie « la connaissance »[1493].

La déontologie se rapporte à la « *morale professionnelle* » d'un corps professionnel[1494]. A vocation interne, elle édicte les règles auxquelles doivent se conformer les membres d'une même profession[1495]. Si le droit pénal sanctionne des comportements qu'il érige en infractions, la déontologie en revanche prescrit un certain comportement à adopter. En d'autres termes et s'agissant de l'obligation de confidentialité, le secret médical n'est pas au pénal un droit institué en faveur du médecin, mais une obligation légale dont la violation est constitutive d'infraction. En déontologie, il n'est pas le privilège du praticien, mais un devoir, un engagement parmi les plus essentiels de la profession médicale dont le non respect présuppose l'opprobre de ses pairs, voire l'exclusion de son corps professionnel.

La déontologie rassemble donc l'ensemble « *des devoirs associés à l'exercice d'une profession* »[1496]. Dans le domaine médical, elle est destinée à protéger et garantir les intérêts du patient[1497]. La finalité du secret qu'elle érige en témoigne clairement : le patient doit pouvoir se confier librement à son médecin, sans crainte que celui-ci ne dévoile ses dires et/ou les constatations auxquelles il est parvenu. Ainsi peut-on dire avec MANAÏ que « *le secret médical est à l'origine une obligation déontologique* », « *noyau dur* » et « *immémorial* » d'une « *relation thérapeutique basée sur la confiance* »[1498].

Les règles déontologiques ont progressivement été codifiées par les associations professionnelles au siècle dernier[1499]. Plutôt empreints de paternalisme, les codes de déontologie de la profession médicale ont le plus souvent institué le médecin, même délié du secret, « *seul juge de l'opportunité de parler* »[1500] et atténué de ce fait la liberté de se

[1493] Cf. notamment HOERNI (2000), p. 1; MARTINENT (2002), p. 449 et MORET-BAILLY (2003), p. 582, lesquels citent la définition qu'en donne Jeremy BENTHAM dans son ouvrage publié en 1834 et intitulé « *Déontologie ou science de la morale* ».
[1494] VILLEY (1986), p. 122.
[1495] MORET-BAILLY (2003), pp. 582s. Pour des développements très complets sur la déontologie en général, et la déontologie infirmière en particulier, lire la série des cinq articles rédigés par EGGERS (2001*a* ; 2001*b* ; 2002*a* ; 2002*b* ; 2002*c*).
[1496] CANTO-SPERBER (1999), p. 104.
[1497] Aussi l'art. 11 de la version allemande du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003, est-il plus encore que la note marginale de la version française révélateur. Il retient en effet la terminologie « *Patientengeheimnis* », marquant de la sorte le principal intérêt protégé par la déontologie : celui du patient.
[1498] MANAÏ (2004*a*), pp. 91s. Voir aussi les développements de GROMB (2000), p. 13 pour laquelle le secret médical est « *un concept déontologique juridiquement protégé* ».
[1499] Des associations professionnelles nationales et internationales, telle que l'Association médicale mondiale, dont de nombreuses règles s'inspirent de textes anciens, parmi lesquels le Serment d'Hippocrate (IV^{e} siècle avant J.-C.).
[1500] VIRET (1972-73), p. 228.

déterminer du patient[1501]. Ils ne se destinent en outre qu'aux praticiens et n'érigent pas en tant que tels de droits des patients.

Au plan international et européen, de nombreuses déclarations et directives attestent d'une déontologie permanente et influant toute pratique médicale. Nous nous bornerons ici à rappeler succinctement les principales règles émises en matière de confidentialité par certaines corporations médicales, destinées à guider tout praticien dans l'exercice de sa profession.

Par l'Association médicale mondiale (AMM)[1502] :

- Le Serment de Genève, adopté par la deuxième Assemblée générale de l'AMM en septembre 1948[1503], engage le médecin en ces termes : « *Je respecterai le secret de celui qui se sera confié à moi, même après la mort du patient* »[1504] . Il représente en quelque sorte la « *version actualisée* » du Serment d'Hippocrate[1505].

- Le Code international d'éthique médicale, adopté lors de la troisième Assemblée générale de l'AMM à Londres[1506], oblige le médecin à « *préserver le secret absolu sur tout ce qu'il sait de son patient, et ce même après la mort de ce dernier* ».

- Les Douze principes sur la prestation des soins médicaux dans les régimes de soins de santé ont été adoptés par la dix-septième Assemblée médicale mondiale tenue à New York en octobre 1963[1507]. Le paragraphe VI en particulier énonce que « *la nature confidentielle des relations entre le médecin et son patient doit être reconnue et respectée par tous ceux qui collaborent, à quelque stade que ce soit, au traitement du patient et à sa surveillance* ».

- Le paragraphe 8 de la Déclaration de Lisbonne sur les droits du patient, adoptée par la trente-quatrième Assemblée médicale mondiale en octobre 1981 et révisée à Bali en septembre 1995, consacre le « *droit au secret professionnel* ».

[1501] Il existe toutefois des initiatives en ce domaine qui échappent à cette assertion. Ainsi par exemple la Charte du professionnalisme médical, élaborée conjointement par la FÉDÉRATION EUROPÉENNE DE MÉDECINE INTERNE, l'AMERICAN COLLEGE OF PHYSICIANS et l'AMERICAN BOARD ON INTERNAL MEDICINE, tient compte des nouveaux enjeux auxquels est confrontée la médecine contemporaine. S'agissant du secret en particulier, si elle réaffirme « *l'engagement du médecin envers la confidentialité des patients* », elle admet expressément dans un même temps qu'il « *doit à l'occasion céder la priorité à des considérations supérieures dans l'intérêt public (par exemple lorsque des patients mettent la vie d'autrui en péril)* » (règle 3). Cette Charte a fait l'objet d'une publication in : Bulletin des médecins suisses, n°45, 84(2003), pp. 2350-2352.

[1502] L'Association médicale mondiale fut fondée au sortir de la seconde guerre mondiale. Sa création coïncide avec l'élaboration, en 1947, des dix principes d'éthique médicale réunis dans le « Code de Nuremberg ». Ces règles émanent du Tribunal militaire américain chargé de juger certains médecins du régime nazi pour les expérimentations inhumaines auxquelles ils s'étaient adonnés sur des prisonniers de camps de concentration. Le site officiel de l'AMM est le suivant : http://www.wma.net/e/.

[1503] Amendée depuis à plusieurs reprises, la dernière fois lors de la 35e Assemblée médicale mondiale, tenue à Venise en octobre 1983

[1504] Tel que le rappelle GUINCHARD (1997), p. 1990, le serment de Genève « *est moins restrictif puisqu'il ne fait pas allusion à ce que le médecin aura vu, ni à ce qu'il aura entendu de la part, par exemple, des proches du patient* ».

[1505] NOUWYNCK (2001), p. 7; EGGERS (2001*b*), p. 79.

[1506] Révisé depuis à plusieurs reprises, la dernière fois par la 35e Assemblée médicale mondiale, tenue à Venise en octobre 1983.

[1507] Amendée depuis par la 35e Assemblée médicale mondiale, tenue à Venise en octobre 1983.

- Enfin, la Déclaration sur la protection des intérêts du patient et le secret professionnel, adoptée par la quarante-cinquième Assemblée médicale mondiale, tenue à Budapest en octobre 1993, est toute entière consacrée à l'obligation de confidentialité des professionnels de la santé.

Sous l'égide de la *World Psychiatric Association* (WPA) :

- En vertu du paragraphe 6 de la *Madrid Declaration on Ethical Standards for psychiatric practice*, adoptée par l'Assemblée générale de la WPA en août 1996 et révisée à Yokohama en août 2002, « *information obtained in the therapeutic relationship should be kept in confidence and used, only and exclusively, for the purpose of improving the mental health of the patient. (…) Breach of confidentiality may only be appropriate when serious physical or mental harm to the patient or to a third person would ensue if confidentiality were maintained; in these circumstances, psychiatrists, should whenever possible, first advise the patient about the action to be taken* ».

- Le paragraphe 8 de la *Declaration of Hawaii/II*[1508], adoptée par l'Assemblée générale de la WPA à Vienne en juillet 1983, prévoit le secret médical en ces termes: « *Whatever the psychiatrist has been told by the patient, or has noted during examination or treatment, must be kept confidential unless the patient relieves the psychiatrist from this obligation, or to prevent serious harm to self or others makes disclosure necessary. In these cases however, the patient should be informed of the breach of confidentiality* ».

Par le Conseil international des services médicaux pénitentiaires :

- Le Serment - ou Charte - d'Athènes de septembre 1979, par lequel les professionnels de la santé s'engagent notamment à « *respecter la confidentialité de toute information obtenue dans le cours de [leurs] relations professionnelles avec des malades incarcérés* ».

Finalement, sous l'impulsion du Conseil international des infirmières (CII), né de l'initiative de Florence NIGHTINGALE en 1899[1509] :

- Le Code déontologique du CII pour la profession infirmière[1510], aussi appelé « Code de Mexico ». Adopté à Sao Paulo en 1953 et révisé par la suite à plusieurs reprises, il appelle toute infirmière à « *respecte[r] le caractère confidentiel des informations qu'elle possède et ne communique[r] celles-ci qu'à bon escient* ».

[1508] La Déclaration d'Hawaï concerne notamment les conditions de la formation du consentement du patient psychiatrique. Elle porte aussi sur l'élaboration d'un Code international d'éthique pour la psychiatrie, dont les règles ont été édictées après la révélation des abus du recours à la psychiatrie à des fins politiques en ex-URSS.
[1509] EGGERS (2002*c*), p. 376 nous rappelle le serment de Florence NIGHTINGALE, par lequel l'infirmière s'engage à « *garder avec une totale discrétion les choses privées qui [lui] seront confiées et tous les secrets de famille que le pratique de [son] service [lui] fera connaître* ».
[1510] Disponible sur le site officiel du Conseil international des infirmières : http://www.icn.ch/french.htm.

Au niveau régional, les Principes d'éthique médicale européenne, adoptés le 6 janvier 1987 à l'issue de la Conférence des Ordres des médecins et des Organismes d'attributions similaires, traitent du secret médical dans le même esprit que le Serment de Genève[1511].

En Suisse, le Code de déontologie de la FMH[1512] du 12 décembre 1996[1513] décline les devoirs des médecins membres de la FMH[1514] et les principes auxquels ils doivent se conformer. Il réglemente notamment leur relation avec leur patient ainsi qu'un certain nombre de situations auxquelles ils sont confrontés. Tout membre de la fédération doit respecter les règles édictées, sous peine d'une des sanctions d'ordre associatif prévues[1515]. Ainsi, aux termes de l'article 11 du Code de déontologie, toutes les informations confiées au médecin et celles qu'il apprend dans le cadre de son activité, « *ou de toute autre manière* », doivent être tues, qu'elles soient ou non[1516] étroitement liées au traitement médical. Le praticien est appelé en outre à avertir ses auxiliaires de cette obligation, en les invitant à « *s'y engager par écrit* ». Cette disposition se fait l'écho du serment d'Hippocrate, aux retranscriptions aussi diverses que variées[1517]. Elle n'institue toutefois pas la règle du silence absolu, puisque le secret médical doit être observé eu égard aux dispositions légales. Le préambule du Code de déontologie dispose en effet à juste titre que « *la législation fédérale ou cantonale, en particulier le droit sanitaire cantonal, prime dans tous les cas* » les règles qu'il édicte.

Les règles déontologiques de la FMH s'appliquent quel que soit le cadre dans lequel est exercée la profession médicale. Dès lors, elles sont également censées être observées par le personnel soignant pénitentiaire. Si elles explicitent, voire complètent les règles légales, elles n'ont cependant pas de portée juridique directe.

Les règles de déontologie sont certes très importantes en pratique[1518]. Il est possible néanmoins de formuler à leur égard les mêmes remarques que celles énoncées par rapport à la transposition des normes juridiques dans la réalité. En effet, s'il existe un fossé entre le droit et sa concrétisation dans les faits, il demeure aussi un écart entre les règles déontologiques et leur application en pratique[1519]. Cette inadéquation est plus symptomatique encore lorsqu'il s'agit pour le médecin de respecter son code de conduite en milieu carcéral.

[1511] Cf. art. 7 : « *Le médecin est le confident nécessaire du patient. Il doit lui garantir le secret total de toutes les informations qu'il aura recueillies et des constatations qu'il aura opérées lors de ses contacts avec lui.*
Le secret médical n'est pas aboli par la mort des patients.
Le médecin doit respecter la vie privée des patients et prendre toute mesure nécessaire pour rendre impossible la révélation de ce qu'il aura appris à l'occasion de l'exercice de sa profession.
Lorsque le droit national prévoit des exceptions à l'obligation du secret médical, le médecin pourra recueillir l'avis préalable de son Ordre ou de l'organisme professionnel de compétence similaire ».

[1512] Pour un historique de cette association de droit privé, consulter son site officiel : http://www.fmh.ch/.

[1513] Entré en vigueur le 1er juillet 1997 et révisé plusieurs fois depuis lors.

[1514] Cf. art. 44 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003, s'agissant notamment de son champ d'application *ratione personae*.

[1515] Cf. art. 47 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003.

[1516] Par exemple, le patient qui révèle à son médecin une peine de cœur ou un problème familial.

[1517] « *Quoique je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a pas besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas* ». Ailleurs : « *Je garderai le silence sur le secret des familles et sur toutes les choses que je pourrai apprendre dans l'exercice de ma profession, les considérant comme sacrées* » ou encore : « *Tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra pas être divulgué, je le tairai et le considérerai comme secret* ». Pour d'autres traductions, cf. VILLEY (1986), p. 167.

[1518] DUMOULIN J.-F. (2004), p. 24.

[1519] Dans le même sens, cf. GUILLOD O. (1995), p. 440

2.4 La protection des données "incarcérées"

Tous les intervenants qui participent à la prise en charge psycho-médico-sociale des détenus sont amenés à réunir des données sur les personnes incarcérées en rapport avec leurs activités respectives. Il existe dès lors une somme de documents en lien avec l'exécution proprement dite de la peine qui tombe précisément sous le coup de la législation sur la protection des données. Nous verrons en particulier que les informations contenues dans le dossier médical, le dossier social et le dossier dit « individuel » du détenu sont protégées par les prescriptions cantonales relatives à la protection des données, car elles sont des données personnelles secrètes, sensibles ou des profils de la personnalité le concernant directement. Il apparaît toutefois en pratique que plusieurs inconnues demeurent, s'agissant notamment du contenu de ces documents et de leur accessibilité. Pour exemples, qui exactement y a accès et selon quelles conditions ? Quelles peuvent être les exigences du détenu, en termes de confidentialité, à l'égard des documents le concernant, notamment s'agissant des informations recueillies et fournies à son propos par des tiers ? Plus généralement, les données traitées par les intervenants et les autorités pénitentiaires font-elles l'objet d'une protection similaire à celle dont jouissent les données des particuliers récoltées dans le cadre d'activités menées en société libre ? Il s'agit là d'autant de questions auxquelles nous tenterons de répondre, car la protection des données et l'obligation de secret sont deux domaines intimement liés. Nous nous proposons donc d'exposer dans un premier temps le cadre légal fédéral et cantonal relatif à la protection de données. Nous chercherons ensuite à déterminer dans quelle mesure la réglementation cantonale est observée en milieu carcéral.

2.4.1 Délimitations

2.4.1.1 Du cadre juridique

Les données récoltées sur et/ou auprès des administrés par les agents publics et les autorités font l'objet d'une protection particulière, tant au niveau fédéral que cantonal. Le droit de la protection des données a pour objectif de garantir aux particuliers la protection de leur personnalité et de leurs droits fondamentaux dans le cadre du traitement des informations les concernant. Il faut comprendre par « *traitement* », non seulement le traitement au sens étroit, mais également ses formes particulières, telles que la collecte, la conservation, la modification, l'anonymisation et la destruction de données[1520]. Dans le secteur public, la protection des données découle de la liberté personnelle et de l'article 8 CEDH : le principe étant que toute personne doit pouvoir librement déterminer si, dans quel contexte et à quelles conditions, des informations qui la concernent peuvent être traitées par les autorités étatiques et leurs agents.

Au niveau fédéral, la loi cadre en la matière est la Loi fédérale sur la protection des données, adoptée en 1992. La LPD régit la protection des données tant dans le secteur privé que dans le secteur public fédéral. Elle n'opère aucune distinction entre les traitements de données manuels et automatisés, protége aussi bien les personnes physiques que morales et s'applique à toutes les données nominatives s'y rapportant, de quelque nature qu'elles soient. Des

[1520] FF 1988 II 421, 455. Se référer également à la définition de l'art. 3 lit. e LPD. La communication des données est aussi comprise dans la notion large de traitement. Elle fait toutefois l'objet d'une définition spécifique à l'art. 3 lit. h LPD, en raison des effets induits par cette opération.

législations spéciales s'appliquent en outre à des domaines particuliers, lorsqu'elles touchent à des domaines spécifiques. Ainsi par exemple, la Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure[1521] et deux de ses ordonnances d'application[1522] instaurent des modalités spécifiques de traitement des données qui sont nécessaires à l'exécution des tâches particulières qu'elle implique[1523]. A l'échelon cantonal, chaque canton s'est doté d'une loi sur la protection des données - qui s'applique aux données traitées par ses organes publics et les particuliers, ainsi que les institutions de droit privé qui exercent des tâches d'intérêt public -, voire le cas échéant de dispositions en la matière consacrées à un domaine spécifique.

2.4.1.2 Des intervenants en milieu carcéral concernés

Les intervenants pénitentiaires échappent à la LPD puisque dans l'exercice de leurs activités auprès des détenus, ceux qui sont amenés à traiter des données personnelles le sont toujours dans un rapport de droit public cantonal. A l'instar du tuteur, leur relation avec la personne incarcérée repose en effet aussi sur un acte d'autorité, assujettie à une surveillance étatique[1524]. Or, la LPD ne s'applique qu'à l'égard des personnes privées « *qui traitent des données dans le cadre d'une relation de droit privé* »[1525], des organes fédéraux et des personnes chargées d'exécuter une tâche de la Confédération[1526]. Tous les professionnels de l'exécution des sanctions privatives de liberté sont donc enjoints de traiter les données personnelles concernant les personnes incarcérées dans le respect des législations **cantonales** de protection des données. A l'exception de quelques particularités, les principes fondamentaux sont toutefois les mêmes dans les régimes fédéral et cantonal[1527]. Un survol succinct de la loi fédérale est dès lors essentiel à la compréhension des principes sur lesquels reposent les législations cantonales.

2.4.2 La protection des données au niveau fédéral

Le 28 janvier 1981 s'est ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe la Convention n°108 intitulée « *pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* »[1528]. Contraignante pour les Etats qui y ont adhéré, elle poursuit le but de garantir à toute personne physique « *le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du*

[1521] Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997 (LMSI ; RS 120).
[1522] Ordonnance sur les mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 27 juin 2001 (OMSI ; RS 120.2) et Ordonnance sur le système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat du 30 novembre 2001 (OISIS ; RS 120.3).
[1523] Cf. en particulier la section 3 de ladite loi ; art. 10ss LMSI.
[1524] FF 1988 II 421, 453.
[1525] FF 1988 II 421, 448.
[1526] Art. 3 lit. h LPD. Rappelons à cet égard que le régime de traitement des données par certains organes fédéraux peut faire l'objet d'une loi spéciale. Tel est le cas par exemple du traitement des données sensibles et des profils de la personnalité de l'administration des douanes, soumis aux art. 144*a*ss de la Loi fédérale sur les douanes du 1er octobre 1925 (RS 631.0).
[1527] GUILLOD O. (2001), p. 1.
[1528] Signée et ratifiée par la Suisse le 2 octobre 1997, entrée en vigueur le 1er février 1998. Voir également le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, signé par la Suisse le 17 octobre 2002 (STE n°181), mais non encore ratifié.

traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant »[1529]. Dans la foulée, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a émis plusieurs recommandations destinées à réglementer la protection des données dans certains domaines particuliers[1530], tels que la statistique[1531], la santé[1532], la sécurité sociale[1533] et la police[1534]. Auparavant, en 1980, l'Organisation de coopération et de développement économique préconisait dans sa recommandation à l'appui des « *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel* » d'harmoniser les législations nationales en la matière et d'intensifier la collaboration entre les Etats membres dans l'échange international de données.

La Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD)[1535] s'inspire tant des différents textes précités que de certaines législations étrangères[1536] et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la protection de la sphère privée. Elle résulte aussi de l'évolution fulgurante des nouvelles technologies, notamment dans le domaine de la surveillance et du traitement des informations et des risques d'atteintes à la sphère privée des particuliers qui en découlent[1537]. Elle protège en particulier la personnalité et les droits fondamentaux[1538] des personnes dont les données sont traitées par des personnes privées ou des organes fédéraux[1539], soit manuellement, soit de manière automatisée[1540]. Toutes les personnes exerçant une profession qui requiert la connaissance de données nominatives[1541] sont par conséquent soumises à un devoir de discrétion[1542], à moins qu'elles n'exercent

[1529] Art. 1er de ladite Convention.
[1530] Ainsi DOURAKI (1999), pp. 21-23 qualifie-t-il cette approche de « *sectorielle*», en ce qu'« *il a été jugé nécessaire d'adapter [les principes de protection des données contenues dans la Convention du 28 janvier 1981] aux exigences spécifiques de secteurs particuliers* ».
[1531] Par exemple, la Recommandation n° R(83)10 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de recherche scientifique et de statistiques, adoptée par le Comité des Ministres le 23 septembre 1983, lors de la 362e réunion des Délégués des Ministres et la Recommandation n° R(97)18 concernant la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques, adoptée par le Comité des Ministres le 30 septembre 1997, lors de la 602e réunion des Délégués des Ministres.
[1532] Notamment la Recommandation n° R(81)1 relative à la réglementation applicable aux banques de données médicales automatisées, adoptée par le Comité des Ministres le 23 janvier 1981, lors de la 328e réunion des Délégués des Ministres, la Recommandation n° R(89)4 sur la collecte de données épidémiologiques sur les soins de santé primaires, adoptée par le Comité des Ministres le 6 mars 1989, lors de la 424e réunion des Délégués des Ministres et la Recommandation n° R(97)5 relative à la protection des données médicales, adoptée par le Comité des Ministres le 13 février 1997, lors de la 584e réunion des Délégués des Ministres.
[1533] Ainsi la recommandation n° R(86)1 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de sécurité sociale, adoptée par le Comite des Ministres le 23 janvier 1986, lors de la 392e réunion des Délégués des Ministres.
[1534] Telle que la recommandation n° R(87)15 visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police, adoptée par le Comité des Ministres le 17 septembre 1987, lors de la 410e réunion des Délégués des Ministres.
[1535] Entrée en vigueur le 1er juillet 1993 (RS 235.1).
[1536] Parmi les Etats les plus précurseurs en la matière, on trouve la Suède et le Canada. Pour un tableau succinct de l'état actuel de la réflexion canadienne sur les enjeux en ce domaine, lire notamment WEITZ/DRUMMOND/PRINGLE/FERRIS/GLOBERMAN/HÉBERT/ TRACY/COHEN (2003).
[1537] Pour un rapide survol des principales raisons sociales, politiques et technologiques ayant mené à la reconnaissance constitutionnelle et légale d'un droit à la protection des données, voir MÜLLER/LOOSER (2002), pp. 68s.
[1538] Art. 1er LPD.
[1539] Art. 2 LPD.
[1540] GRAND (2002), p. 47.
[1541] Ainsi notamment les autres professionnels non mentionnés à l'art. 321 CP, tels que les travailleurs sociaux et les psychologues.
[1542] Art. 35 LPD.

lesdites professions dans le secteur public cantonal[1543]. Dans ce cas, ce sont les législations cantonales relatives à la protection des données qui s'appliquent, sauf si les cantons agissent en exécution du droit fédéral[1544]. Le champ d'application matériel de la LPD porte sur toutes les données concernant des personnes physiques ou morales. Les données qualifiées de sensibles et les profils de la personnalité bénéficient d'une protection accrue. Ces notions sont définies à l'article 3 lit. a, c et d de la loi, laquelle précise également les limites des opérations dont ces données peuvent faire l'objet[1545]. En revanche, les données personnelles se limitant à un usage exclusivement personnel, les délibérations des Chambres fédérales et des commissions parlementaires, les registres publics relatifs aux rapports juridiques de droit privé, ainsi que les procédures pendantes, civiles, pénales et d'entraide judiciaire internationale, n'entrent pas dans le champ d'application de la LPD[1546].

Les dispositions générales de protection des données sont réunies sous la section 2 (articles 4 à 11) LPD. Plusieurs principes - tels que le principe de licéité, le principe de proportionnalité et la protection de la bonne foi - régissent la collecte, le traitement et la communication des données[1547]. Les personnes privées et les organes fédéraux doivent en outre s'assurer de leur exactitude[1548], et des mécanismes de sécurité doivent être mis en œuvre pour garantir la protection des données contre tout traitement non autorisé[1549]. Il revient au « maître du fichier », c'est-à-dire à la personne privée ou à l'organe fédéral qui arrête le but et le contenu des documents réunissant l'ensemble des données nominatives appartenant à plus d'une personne[1550], de déclarer les fichiers constitués et d'octroyer l'accès à leur dossier à ceux qui le requièrent. Il sied de souligner ici que les « participants aux fichiers »[1551] sont les personnes ou les organes fédéraux habilités à traiter certaines données renfermées dans les fichiers mais qui n'ont pas le droit de se déterminer sur leur but ou leur contenu[1552]. Les organes fédéraux sont dans l'obligation de déclarer tous leurs fichiers au préposé qui les enregistre[1553], alors que les personnes privées, physiques et morales, ne le sont qu'à certaines conditions seulement, énumérées à l'article 11 al. 3 LPD[1554].

« *Institution-clé de la protection des données* »[1555], le droit d'accès de toute personne dont les données font l'objet d'un traitement est régi à l'article 8 LPD ainsi qu'aux articles 1er et 2 de l'ordonnance y afférente[1556]. Le droit d'accès de l'intéressé n'est toutefois pas absolu, ainsi qu'en dispose l'article 9 LPD. Cette disposition énumère en effet un certain nombre d'exceptions qui excluent ou restreignent la communication au particulier des données

[1543] MANDOFIA BERNEY/UMMEL/MAURON (1995), p. 335.
[1544] Art. 37 LPD. A ce propos, cf. WALTER (1993), p. 53; ATF 122 I 153, 155s.
[1545] Notamment des restrictions quant à leur collecte, leur conservation, leur modification, leur communication et leur destruction.
[1546] Art. 2 al. 2 LPD.
[1547] Art. 4 LPD.
[1548] Art. 5 LPD.
[1549] Art. 7 LPD.
[1550] Art. 3 lit. g et i LPD.
[1551] Art. 8 al. 2 lit. b et 18 al. 1er LPD.
[1552] FF 1988 II 421, 456.
[1553] Art. 11 al. 2 LPD. Cf. également les art. 16 à 18 et l'art. 28s OLPD.
[1554] Cf. également les art. 3 et 28s OLPD
[1555] FF 1988 II 421, 460. Voir aussi le Bulletin officiel du Conseil des Etats 1990, p. 140; GRAND (1995), p. 21.
[1556] Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993 (OLPD ; RS 235.11).

comprises dans le fichier le concernant[1557]. L'intérêt prépondérant d'un tiers, par exemple, peut primer l'intérêt privé du particulier à la consultation d'une partie de son dossier[1558].

Tous les fichiers constitués sont, dans les limites fixées à l'article 11 LPD, mentionnés au registre des fichiers détenu par le Préposé fédéral à la protection des données. La section 5 LPD est précisément consacrée au rôle du Préposé fédéral, lequel exerce de façon autonome notamment des tâches de surveillance, de conseils aux particuliers et d'information au Conseil fédéral[1559]. Il ne dispose pas de pouvoir décisionnel mais uniquement de la faculté d'émettre des recommandations. Si ces avertissements restent ignorés, il peut décider de porter le cas pour décision soit devant le département compétent ou la Chancellerie fédérale si le traitement a été effectué par des organes fédéraux[1560], soit devant la Commission fédérale de la protection des données si le traitement a été effectué par des personnes privées[1561]. La Commission[1562] statue donc notamment sur les recommandations du Préposé émises à l'issue du traitement de données réalisé par des privés, mais également sur les recours contre les décisions de certains organes fédéraux et autorités cantonales prises en matière de protection des données. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral[1563].

Le traitement des données personnelles par des personnes privées est régi aux articles 12 à 15 LPD. Pour le Conseil fédéral, ces dispositions « *complète[nt] et concrétise[nt] les règles sur la protection de la personnalité instituées par le Code civil* »[1564]. Toute personne privée chargée du traitement de données personnelles doit dès lors veiller à ne pas porter atteinte à la **personnalité** des individus concernés[1565], à moins que cette atteinte puisse être justifiée par le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi[1566]. Il appartient au juge d'apprécier *in casu* l'existence d'un motif justifiant le traitement de données personnelles « *en violation des principes définis aux articles 4 à 7 LPD (…) ou contre la volonté expresse de la personne concernée* »[1567]. L'article 15 LPD renvoie aux articles 28 à 28*l* CC s'agissant des prétentions de l'administré dont les données font l'objet d'un traitement par une personne privée et de la procédure relative à la protection de la personnalité.

Les articles 16 à 25 LPD règlent le traitement des données personnelles par les organes fédéraux, lesquels doivent veiller dans ce cadre à ne pas porter atteinte à la **liberté personnelle** des individus. Aux termes de l'article 17, les organes fédéraux « *ne sont en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale* ». Un régime juridique

---

[1557] Cf. également l'art. 10 LPD, s'agissant des restrictions du droit d'accès aux fichiers utilisés exclusivement par les médias.
[1558] A ce propos, lire la démonstration du PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES (2002), p. 18.
[1559] Sur les attributions et le statut du Préposé fédéral à la protection des données, se référer en particulier à la section 5 LPD; art. 26ss, et à la section 2 de l'Ordonnance y afférente; art. 30ss. Cf. également GRAND (2002), pp. 47s.
[1560] Art. 27 al. 5 LPD.
[1561] Art. 29 al. 4 LPD.
[1562] Art. 33 LPD, section 6. Cf. également l'art. 35 OLPD.
[1563] Art. 25 al. 5 LPD.
[1564] FF 1988 II 421, 442.
[1565] Art. 12 LPD.
[1566] Art. 13 al. 1 LPD. L'al. 1er de cette disposition mentionne en des termes similaires à l'art. 28 CC quels sont les motifs justificatifs qui rendent la divulgation licite. L'al. 2 contient une liste exemplative des intérêts prépondérants que peut invoquer la personne responsable du traitement des données.
[1567] WALTER (1993), p. 54.

particulier est en outre prévu pour les données sensibles ou les profils de la personnalité car « *le degré de précision et de normativité [doit être] d'autant plus élevé que le risque d'atteinte pour les personnes concernées est élevé* »[1568]. Les organes fédéraux ne peuvent dès lors traiter des données que si une loi au sens formel le prévoit expressément ou, exceptionnellement, en vertu de l'autorisation du Conseil fédéral ou du consentement de la personne concernée. La collecte[1569], la communication[1570], l'anonymisation et la destruction[1571] de données personnelles, ainsi que leur traitement à des fins de recherche, de planification et de statistique[1572], font également l'objet d'une réglementation précise.

En particulier, la **communication** de données par un organe fédéral à des tiers[1573] est dans la règle interdite, sous réserve des exceptions énumérées exhaustivement à l'article 19 LPD. Elle est ainsi admise si elle repose sur une base légale au sens de l'article 17 LPD. A défaut d'une base légale, elle est autorisée s'il est établi que l'accomplissement des tâches de l'organe fédéral en dépend ou que la personne concernée y consent, voire que les circonstances de l'espèce présument de ce consentement. Elle est également admise si la personne concernée accepte de rendre accessibles ses données à tout un chacun ou, au contraire, qu'elle s'y refuse de manière abusive. Une communication autorisée par la loi peut toutefois être restreinte, assortie d'une charge ou tout simplement être exclue, soit en présence d'« *un important intérêt public ou [d']un intérêt légitime manifeste de la personne concernée* », soit en vertu d'« *une obligation légale de garder le secret ou [d']une disposition particulière relevant de la protection des données* ». En conséquence, si les conditions à la communication des données personnelles ne sont pas remplies, nous sommes d'avis avec TANQUEREL qu'« *il en résulte pour les agents de l'Etat détenteurs de ces données une obligation de confidentialité qui relève du secret de fonction* »[1574] et qu'il convient dès lors de voir en l'article 19 LPD notamment une « *disposition d'exécution du secret général de fonction* »[1575].

Les prétentions des personnes physiques et morales dont les données sont traitées sont réglées à l'article 25 LPD. Cette disposition consacre l'intérêt privé à la protection des données en ce qu'elle permet aux personnes concernées de recourir à des moyens juridiques pour imposer un traitement de leurs données conforme à la loi et faire valoir leurs prétentions qui en découlent. La Loi fédérale sur la procédure administrative régit la procédure, sous réserve des exceptions mentionnées aux articles 2 et 3 LPD. Une voie de droit spéciale pour les décisions des organes fédéraux relevant du droit de la protection des données est, on l'a vu, tout de même prévue : elles peuvent en effet être portées devant la Commission fédérale de la protection des données, dont les décisions sont susceptibles d'un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral[1576].

Enfin, la section 7 LPD réunit deux dispositions pénales qui viennent renforcer la protection des données, à savoir les articles 34 et 35 LPD.

[1568] WALTER (1993), p. 55.
[1569] Art. 18 LPD.
[1570] Art. 19 LPD.
[1571] Art. 21 LPD.
[1572] Art. 22 LPD.
[1573] Qu'il s'agisse d'autres organes fédéraux, d'autorités cantonales, communales ou étrangères, ou de personnes privées. Cf. FF 1988 II 421, 476s.
[1574] TANQUEREL (2002), p. 51.
[1575] TANQUEREL (2002), p. 51; FF 1988 II 421, 475.
[1576] Art. 25 al. 5 LPD.

L'article 34 LPD érige en infraction la violation des obligations de renseigner, de déclarer les fichiers et de collaborer. L'alinéa 1er sanctionne des arrêts ou de l'amende la personne privée qui viole les obligations prévues par les articles 8, 9 et 10 LPD en fournissant des renseignements inexacts ou incomplets. Au sens de l'article 34 al. 2 lit. a LPD est également passible des arrêts ou de l'amende la personne privée qui intentionnellement ne déclare pas les fichiers conformément à l'article 11 al. 3 LPD ou une communication à l'étranger conformément à l'article 6 LPD ; ou fournit à leur propos des informations erronées. La personne privée qui refuse de collaborer avec le Préposé fédéral ou le renseigne de manière inexacte est également passible des arrêts ou de l'amende en vertu de l'article 34 al. 2 lit. b. Les organes fédéraux ne sont pas concernés par cette disposition car ils font déjà l'objet d'une surveillance accrue. Ils sont en effet soumis à la vigilance de l'autorité qui leur est hiérarchiquement supérieure, mais également aux contrôles ponctuels du Préposé fédéral à la protection des données. Leurs manquements sont susceptibles en outre d'être sanctionnés par des mesures disciplinaires[1577].

L'article 35 LPD sanctionne des arrêts ou de l'amende celui qui révèle des données personnelles secrètes et sensibles et/ou des profils de la personnalité[1578] dont il a pris connaissance en vertu et dans l'exercice de sa profession. Les personnes qui exercent des activités pour le compte de celles soumises à l'obligation de garder le secret au sens de cette disposition ou poursuivent une formation à leur côté sont également passibles de la même peine si elles viennent à révéler les données nominatives qu'elles ont acquises en leur qualité d'auxiliaires. Le devoir de discrétion perdure au-delà de la fin de l'activité, des rapports de travail ou de la formation. Sa violation se poursuit sur plainte et n'est punissable que si elle a été commise intentionnellement ; le dol éventuel suffit toutefois.

A l'instar des articles 320 et 321 CP, l'article 35 LPD est un délit spécial propre, car il ne vise que les activités professionnelles qui requièrent la connaissance de données protégées par ladite loi[1579]. Son champ d'application *rationae personae* est toutefois plus étendu que celui de l'article 321 CP, puisqu'il s'étend également à des professionnels qui ne sont pas tenus au secret érigé à l'article 321 CP, tels que les psychologues, les assistants sociaux et les éducateurs. Il comble en cela une lacune du droit pénal en matière de protection du secret professionnel[1580].

L'articulation de l'article 35 LPD et de l'article 321 CP suscite des controverses[1581] sur lesquelles il importe peu de s'attarder puisque le médecin pénitentiaire et ses auxiliaires ne sont pas soumis à la loi fédérale sur la protection des données en tant qu'ils travaillent pour une collectivité publique cantonale. Tout au plus pouvons-nous souligner qu'en cas de concours, nous croyons justifié d'admettre que l'article 321 CP, pour les professionnels auxquels il s'adresse, prime sur l'article 35 LPD, qui en constitue la limite inférieure[1582]. En d'autres termes, l'article 35 LPD s'applique aux professionnels, amenés à traiter des données protégées, qui ne figurent pas sur la liste de l'article 321 CP. Il apparaît dès lors

[1577] FF 1988 II 421, 491.
[1578] Ces notions sont définies à l'article 3 lit. a, c, d LPD. Ainsi que le rappelle le Conseil fédéral dans son Message, « *la doctrine et la jurisprudence sont d'avis que toute donnée qui est dans une certaine mesure inconnue doit être considérée comme secrète ; autrement dit, il s'agit de données ni notoires ni accessibles à tout le monde que la personne concernée entend, à juste titre, garder secrètes* ». Cf. FF 1988 II 421, 491s.
[1579] ARZT in MAURER/VOGT (1995), p. 419, n°50; OBERHOLZER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, p. 2058, n°9.
[1580] TRECHSEL (1997), p. 1016, n°15a; FF 1988 II 421, 491.
[1581] Cf. notamment ARZT in MAURER/VOGT (1995), p. 421, n°61ss.
[1582] Cf. nos développements *supra*, partie I, pt. 1.3.5.1.

définitivement comme une réglementation complémentaire à la protection du secret professionnel par le Code pénal. S'agissant des conditions de poursuite, l'une et l'autre disposition prescrivent la poursuite sur plainte. L'article 35 LPD ne prévoit pas d'autorité compétente pour délier de leur obligation les personnes qui y sont soumises[1583], alors que l'article 321 CP l'institue en quelque sorte comme une « *soupape de sécurité* » supplémentaire[1584]. Par ailleurs, l'article 35 LPD ne peut être invoqué pour refuser de témoigner[1585]. Enfin, la peine encourue pour violation de l'article 321 CP est plus sévère que celle prévue à l'article 35 LPD qui érige les arrêts comme peine maximale.

Notons pour conclure que la Loi fédérale sur la protection des données fait actuellement l'objet d'une révision[1586]. Cette réforme vise notamment à renforcer les droits des personnes dont les données personnelles sensibles ou les profils de personnalité font l'objet d'un traitement. Elle consolide également la protection des données traitées par des autorités cantonales en exécution du droit fédéral. Elle favorise enfin l'adéquation de certaines dispositions du droit positif au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données[1587], afin que la Suisse puisse y adhérer. La protection des données personnelles sera de la sorte non seulement précisée, mais très probablement aussi consolidée.

2.4.3 La protection des données au niveau cantonal

Le personnel administratif des autorités d'exécution de peine et des établissements de détention, le personnel de surveillance, le personnel soignant et le personnel socio-éducatif, notamment, se doivent d'apporter un soin particulier au traitement des données qu'ils effectuent dans le cadre de leurs activités respectives, en vertu du droit cantonal sur la protection des données. Le droit de tout individu à la protection de ses données personnelles s'ancre expressément dans plusieurs Constitutions cantonales[1588]. Les principes régissant la protection des données et les mécanismes de traitement prévus par la LPD sont ensuite repris,

---

[1583] Telle était d'ailleurs aussi l'option préconisée par le projet d'article concernant le secret professionnel soumis par le Conseil fédéral au Parlement en 1918. L'art. 285 ch. 2 ne prévoyait en effet que le consentement de l'intéressé ou la défense d'un intérêt supérieur pour délier le détenteur de son secret. Cette dernière notion fut néanmoins jugée trop vague et remplacée par l'autorisation écrite de l'autorité supérieure ou de surveillance ; renforçant de la sorte la protection de l'obligation de secret. A ce propos, voir SCHAFFNER (1952), pp. 43ss; TAG (2004), p. 12. Cf. également CONSEIL FÉDÉRAL, *Message à l'appui d'un projet de code pénal suisse* du 23 juillet 1918 ; FF 1918 IV 1, 74 et 196.

[1584] VIRET (1972-73), p. 233

[1585] ARZT in MAURER/VOGT (1995), pp. 410s, n°22.

[1586] Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données* du 19 février 2003 ; FF 2003 1915.

[1587] Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, conclue à Strasbourg le 28 janvier 1981, signée et ratifiée par la Suisse le 2 octobre 1997 (RS 0.235.1 ; STE n°108).

[1588] Cf. notamment l'art. 12 al. 2 de la Constitution du canton de *Fribourg* du 16 mai 2004 (RSF 10.1); l'art. 11 al. 2 et 3 de la Constitution de la République et Canton de *Neuchâtel* du 24 septembre 2000 (RSN 101); l'art. 8 al. 2 lit. d de la Costituzione della Repubblica e Cantone *Ticino* du 14 décembre 1997 (RST 1.1.1.1) et l'art. 15 al. 2 de la Constitution du Canton de *Vaud* du 14 avril 2003 (RSVD 101.01).

dans une certaine mesure[1589], dans les législations cantonales. Nous nous proposons donc de brosser succinctement le tableau des législations mises en œuvre dans ce domaine à l'échelon romand et tessinois.

2.4.3.1 Fribourg

Le canton de Fribourg s'est doté d'une Loi sur la protection des données le 25 novembre 1994[1590]. Afin de renforcer la sécurité des données personnelles protégées par la loi cantonale, un Règlement du même nom fut adopté le 29 juin 1999[1591]. Tous deux s'appliquent aux données personnelles qui font l'objet d'un traitement par les organes du canton, des communes, des corporations et des établissements de droit public, ainsi que par les particuliers et les organes d'institutions privées investis de tâches de droit public. Les délibérations des pouvoirs législatifs cantonal et communal, ainsi que les procédures pénales, civiles et administratives en cours, échappent en revanche au champ d'application matériel de cette réglementation.

2.4.3.2 Genève

Dans le canton de Genève, la Loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur[1592] et son règlement d'exécution[1593] s'appliquent uniquement aux fichiers contenant des données personnelles conservées par le canton, les communes et les établissements de droit public, et non aux seules données éparses. Elle ne s'applique pas aux fichiers traités manuellement mais à ceux « *préparés aux fins de traitement automatique, ainsi qu'à toutes les données qui sont stockées et à tous les résultats du traitement de ces fichiers* »[1594]. Certains fichiers sont toutefois exclus de son champ d'application, dans la mesure où ils sont régis par une loi spéciale. Tel est le cas des fichiers de police, des fichiers médicaux et des fichiers des juridictions pénales, civiles et administratives pour les procédures en cours.

Par ailleurs, l'accès des personnes soignées dans un établissement public médical aux données les concernant est régi par la Loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients[1595].

2.4.3.3 Jura

A la Loi sur la protection des données à caractère personnel du 15 mai 1986[1596] est venue s'ajouter en 1988 l'Ordonnance du même nom[1597]. Ces réglementations concernent toutes les

[1589] Sous-entendu « *(…) avec des degrés de clarté variable* », tel que le souligne AYER (2003), p. 55.
[1590] RSF 17.1.
[1591] Règlement sur la sécurité des données personnelles du 29 juin 1999 (RSF 17.15).
[1592] Loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur du 17 décembre 1981 (RSG B 4 35).
[1593] Règlement d'exécution de la Loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur du 22 décembre 1982 (RSG B 4 35.0).
[1594] Art. 1er de la Loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur.
[1595] Art. 9 al. 9 de la Loi sur les établissements publics médicaux (K 2 05) ; art. 2 de la Loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (K 1 80).
[1596] RSJU 170.41.

données à caractère personnel contenues dans des fichiers dressés par le canton et ses autorités administratives et judiciaires, ainsi que par les collectivités et les établissements de droit public, dans la mesure où ils ne disposent pas de textes équivalents. Les personnes et institutions de droit privé exerçant des tâches de droit public y sont également assujetties.

2.4.3.4 Neuchâtel

Dans le canton de Neuchâtel, la matière est régie par la Loi cantonale sur la protection de la personnalité[1598] et son règlement d'exécution[1599]. Les données relatives à la sphère privée des personnes physiques et morales sont protégées, dès lors qu'elles sont détenues par les administrations cantonale et communales, les services judiciaires, les établissements qui ne sont pas dotés d'une personnalité juridique propre, les institutions de droit public dotées d'une personnalité juridique et les institutions de droit privé qui exécutent des tâches de droit public.

2.4.3.5 Tessin

Au Tessin, il a fallu attendre plus d'une décennie pour que la Legge sulla protezione dei dati personali du 9 mars 1987[1600] se voie précisée par un règlement d'application[1601], entré en vigueur en 2001. Tous deux s'appliquent aux données personnelles détenues par le canton, les communes, les autres corporations de droit public et leurs organes, ainsi que les personnes privées et les institutions de droit privé qui exécutent des tâches de droit public. La protection des données personnelles dans le cadre d'une procédure civile, pénale ou administrative en cours, tombe en revanche sous le coup d'une loi spéciale, sauf si cette dernière ne garantit pas une protection équivalente à celle assurée par la loi sur la protection des données.

2.4.3.6 Valais

Dans le canton du Valais, la Loi concernant la protection des données à caractère personnel[1602] s'applique à toutes les donnés traitées manuellement ou de manière automatisée, à l'exception de certains fichiers, tels que les fichiers des hôpitaux, ceux de la police judiciaire, des tribunaux et de la Banque cantonale, pour autant qu'ils soient régis par des lois spéciales. La législation valaisanne a cela de particulier qu'elle prescrit l'interdiction absolue d'enregistrer certaines données qualifiées de sensibles. En effet, aux termes de l'article 5 al. 3 de la loi, « *les données révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données relatives à la sphère intime ne peuvent pas faire l'objet d'un traitement. Demeurent réservées les dispositions de la législation spéciale sur les rapports entre les Eglises et l'Etat dans le canton du Valais* »[1603].

[1597] Ordonnance sur la protection des données à caractère personnel du 7 avril 1988 (RSJU 170. 411).
[1598] Loi cantonale sur la protection de la personnalité du 14 décembre 1982 (RSN 150.30).
[1599] Règlement d'exécution de la loi cantonale sur la protection de la personnalité du 20 juin 1988 (RSN 150.31).
[1600] RST 1.6.1.1.
[1601] Regolamento di applicazione alla legge cantonale sulla protezione dei dati personali del 9 marzo 1987 du 6 décembre 2000 (RST 1.6.1.1.1).
[1602] Loi concernant la protection des données à caractère personnel du 28 juin 1984 (RSVS 235.1).
[1603] Pour LIVET (1988), pp. 76-79, cette limitation est contraire aux dispositions fédérales réservant justement le traitement des données sensibles.

La loi s'applique aux autorités et aux employés du canton, des communes, des corporations et des établissements de droit public, ainsi qu'aux personnes et organisations privées chargées d'effectuer des tâches d'intérêt public. Son règlement d'exécution en précise les modalités[1604].

2.4.3.7 Vaud

Dans le canton de Vaud, seuls les fichiers informatiques et les fichiers manuels « *exploités en liaison avec une installation de traitement automatisé de données* » tombent sous le coup de la Loi sur les fichiers informatiques et la protection des données personnelles[1605]. A l'instar de la loi genevoise, les données qui n'appartiennent pas à un fichier échappent à son champ d'application. A l'exception des fichiers gérés par la police judiciaire et les établissements bancaires de droit public[1606], cette protection s'étend à tous les fichiers exploités par le canton, les communes, les établissements et les corporations de droit public, ainsi que par des tiers auxquels une telle activité a été déléguée.

2.4.3.8 Eléments communs

Les législations cantonales précitées poursuivent toutes le même but, à savoir le respect des droits fondamentaux des personnes, en particulier leur personnalité et leur sphère privée, dans le cadre du traitement des données les concernant.

Le champ d'application personnel varie peu d'une loi cantonale à l'autre. Sont ainsi visés les organes publics, tels que les administrations cantonales, communales et les établissements de droit public, ainsi que les particuliers et les institutions de droit privé qui exercent des tâches d'intérêt public.

Le traitement des données autorisé au niveau cantonal obéit aux principes directeurs postulés dans la loi fédérale, en particulier aux principes de légalité, de licéité, de nécessité, de proportionnalité, d'exactitude et de la bonne foi. Toutes les législations cantonales imposent en outre la prise de mesures de sécurité spécifiques pour une protection adéquate des données nominatives faisant l'objet d'un traitement. Les données devenues inutiles doivent par ailleurs être détruites, sous réserve de celles destinées à être versées aux archives, en vertu des règles légales et réglementaires y relatives.

A l'exception de la législation vaudoise, les lois cantonales évoquées plus haut imposent en des formules plus ou moins similaires que tout traitement de données fasse l'objet d'une déclaration auprès de l'autorité compétente désignée. Ces déclarations doivent indiquer certains éléments récurrents, tels que le nom de la ou des personne(s) responsable(s) de l'exploitation des données[1607], le but de la collecte des données, leur nature, la durée prévue

[1604] Règlement d'exécution de la loi concernant la protection des données à caractère personnel du 26 février 1986, entré en vigueur le 1er janvier 1987 (RSVS 235.101).
[1605] Loi sur les fichiers informatiques et la protection des données personnelles du 25 mai 1981 (RSVD 172. 65).
[1606] Art. 2 de ladite loi.
[1607] C'est-à-dire, l'« *exploitant* » ou le « *maître du fichier* » auquel précisément il appartient de déclarer. Aux termes de l'article 6 du Règlement d'exécution de la Loi neuchâteloise sur la protection de la personnalité, l'exploitant devient un « *fournisseur* » de données lorsqu'il les communique à autre exploitant ou à un

de leur enregistrement et le cercle des personnes et des autorités habilitées à les utiliser[1608]. Les déclarations sont alors réunies et listées dans un registre (central) des fichiers - ou « catalogue des fichiers » - accessible au public et dont un exemplaire est tenu par l'autorité de surveillance. Certains cantons prévoient en outre expressément que les registres des fichiers soient publiés au Bulletin (ou à la Feuille) officiel(e)[1609].

La plupart des cantons ont institué une autorité de surveillance, dont le nom et la composition sont généralement distincts, mais dont les tâches, les droits et les obligations sont pour l'essentiel identiques. Il appartient notamment à ces autorités de contrôler la mise en œuvre adéquate de la protection des données, de statuer sur les recours et les plaintes en la matière et plus généralement de conseiller les personnes intéressées à accéder à leurs données. Dans la mesure où leurs fonctions le requièrent, les membres de chaque autorité de surveillance bénéficient de l'accès à tous les fichiers constitués. En contrepartie, ils doivent rendre compte de leurs activités auprès du pouvoir législatif et/ou exécutif et sont soumis au secret de fonction. A cet égard, le droit jurassien est le seul à instituer une procédure particulière pour la levée du secret de fonction auquel sont astreints, de part la loi, les membres de sa Commission cantonale de la protection des données à caractère personnel. Aux termes de l'article 54 al. 2 de la loi jurassienne en effet, le Parlement est déclaré seul compétent pour les en délier et ce, pour autant que « *l'intérêt prépondérant de la personne concernée ou un intérêt public important l'exige* ».

Deux formes de traitement des données font l'objet d'une attention particulière, à savoir la collecte et la communication des données. La collecte ne peut en principe s'effectuer qu'auprès des intéressés. Certains cantons prévoient néanmoins la possibilité de recueillir des données nominatives auprès de tiers, pour autant qu'une disposition légale le prévoie, que la nature de la tâche le commande ou que des circonstances particulières le justifient[1610]. Dans tous les cas, les personnes auprès desquelles les données sont récoltées doivent être informées de la base légale sur laquelle repose la demande d'informations, du but du traitement, de la destination des données et des droits qui leur sont octroyés.

S'agissant de la communication des données, elle n'est généralement autorisée que si elle repose sur une base légale et/ou que ses destinataires ont besoin de ces informations pour accomplir les tâches qui leur sont dévolues. Rendre accessible les données personnelles recueillies pourra aussi être exceptionnellement autorisé si le requérant se prévaut d'un intérêt à la communication primant sur celui de l'intéressé au maintien de la confidentialité de ses données. Certains cantons prévoient d'autres conditions alternatives à la licéité d'une communication, telles que le consentement de l'intéressé à la révélation[1611]. D'autres préconisent différentes modalités, selon que les données sont sollicitées par un organe public, la personne concernée ou un tiers[1612]. En revanche, il important de relever qu'à l'instar de

---

utilisateur. En présence de plusieurs exploitants, nous sommes d'avis qu'un seul devra être désigné comme étant le maître du fichier.

[1608] C'est-à-dire, les « *utilisateurs* ».

[1609] Cf. notamment l'art. 9 al. 2 de la Loi *neuchâteloise* sur la protection de la personnalité et l'art. 15 de la Loi *valaisanne* concernant la protection des données à caractère personnel.

[1610] Art. 9 al. 1er de la Loi fribourgeoise sur la protection des données.

[1611] Art. 10 al. 1er lit. c de la Loi fribourgeoise sur la protection des données.

[1612] Tel est le cas notamment de la législation *neuchâteloise*, laquelle prévoit des conditions à la communication des données distinctes selon que la requête d'informations provient d'un utilisateur autorisé, car mentionné dans la déclaration qui doit être établie pour chaque fichier, d'une collectivité publique (art. 11), ou d'un tiers (art. 12). Le règlement d'exécution *valaisan* de la loi concernant la protection des données à caractère personnel

LPD, toutes les législations cantonales étudiées ici réservent les dispositions spéciales relatives au secret de fonction ; voire également celles relatives au secret professionnel[1613]. Les législations *jurassienne*, *tessinoise* et *valaisanne* précisent en outre la portée du secret qu'elles réservent. Ainsi l'article 20 de la loi jurassienne, l'article 14 al. 2 de la loi tessinoise et l'article 11 al. 2 de la loi valaisanne prévoient que, à l'exception des prescriptions légales exigeant l'accord de la personne intéressée, les données personnelles qui la concernent couvertes par le secret ne peuvent être communiquées que si leur destinataire est astreint à une obligation de secret comparable. La protection dont bénéficient les données personnelles en vertu des lois cantonales précitées s'efface dès lors, dans le cadre de leur communication, au profit de celle, plus étendue, accordée par le secret auquel sont assujetties certaines personnes en raison de leur profession ou de leur fonction.

Les lois cantonales sur la protection des données énoncent les droits des personnes dont les données personnelles font l'objet d'un traitement. Aussi les intéressés jouissent-ils en particulier d'un droit d'accéder aux données personnelles les concernant et d'un droit de rectifier celles enregistrées de façon inexacte[1614].

Les modalités de l'exercice du droit d'accès de la personne aux informations qui la concernent sont généralement détaillées. En particulier, la personne doit prouver son identité. Elle peut consulter les documents sur place ou les obtenir par écrit. Certains cantons préconisent la gratuité de la procédure, sous réserve de certaines exceptions[1615], d'autres en revanche prescrivent le paiement d'un émolument[1616]. Le droit d'accès porte sur les données enregistrées dans le fichier, le but et la base légale sur laquelle il repose, l'utilisation de ces informations et le cercle des personnes autorisées à les connaître[1617]. Le maître du fichier ne devrait en revanche pas être tenu de renseigner sur la source des informations. Seule la loi vaudoise reconnaît à la personne concernée que lui soit révélé le nom des tiers qui ont fourni

---

prévoit de son côté une procédure particulière de communication des données destinées à des annuaires d'adresses et d'« *d'autres ouvrages similaires d'intérêt général* » : cf. art. 5 à 10 dudit règlement. Dans la loi *jurassienne*, les conditions à la communication de données personnelles diffèrent selon que leur destinataire est un organe public (art. 13) ou une organisation privée (art. 14). Dans le canton de *Vaud*, enfin, le Conseil d'Etat peut soumettre à des conditions particulières la communication de données à des tiers extérieurs à l'administration cantonale : cf. art. 12 al. 3 de la Loi sur les fichiers informatiques et la protection des données personnelles. En résumé, les transmissions d'informations à l'interne d'une administration sont généralement admises, pour des raisons pragmatiques évidentes, alors que les communications externes font l'objet de conditions beaucoup plus strictes.

[1613] Cf. notamment l'art. 11 lit. b de la Loi *fribourgeoise* sur la protection des données; l'art. 7 al. 2 de la Loi *genevoise* sur les informations traitées automatiquement par ordinateur; les art. 13, 14, 25 (dans les domaines de la statistique, de la planification et de la recherche) et 26 (s'agissant des données traitées sur mandat) de la Loi *jurassienne* sur la protection des données à caractère personnel; l'art. 11 al. 2 de la Loi *neuchâteloise* sur la protection de la personnalité; les art. 10 al. 1er, 11 al. 1er et 15 al. 2 de la Loi *tessinoise* sur la protection des données personnelles et l'art. 5 al. 1er de la loi *vaudoise* sur les fichiers informatiques et la protection des données personnelles.

[1614] Au même titre par exemple que le prévoit la Déclaration de l'OMS sur la promotion des droits des patients en Europe, adoptée à Amsterdam le 30 mars 1994, à son titre 4 ch. 5 : « *Les patients ont le droit de demander que soient corrigées, complétées, supprimées, précisées ou mises à jour, les données de caractère personnel ou médical les concernant, lorsqu'elles sont inexactes, incomplètes, ambiguës ou périmées, ou sans rapport avec les besoins du diagnostic, du traitement et des soins* ».

[1615] Cf. par exemple les art. 46 et 47 de la loi jurassienne.

[1616] Cf. par exemple l'art. 9 de la loi genevoise.

[1617] Cf. notamment l'art. art. 23 de la Loi fribourgeoise sur la protection des données, lequel renvoie pour plus de précisions à l'art. 19 al. 2 de ladite loi.

des données à son sujet[1618]. Cette disposition est à notre sens critiquable, car il devait précisément revenir aux "informateurs" le droit de consentir ou non à la révélation des données qu'ils ont communiquées.

Plusieurs législations cantonales prévoient en outre des modalités particulières pour la communication de certaines données spécifiques. Tel est le cas des données sur la santé de l'intéressé, en particulier celles qui présentent une certaine gravité. Aussi, tout en réservant les dispositions de la Loi sur la santé, la loi *fribourgeoise* prévoit que les données de nature médicale peuvent être transmises par l'intermédiaire d'un médecin désigné à cet effet par la personne concernée[1619]. Il s'agira le plus souvent du médecin en lequel le patient a le plus confiance. Dans le même sens, l'accès aux informations médicales est dit « *indirect* » dans la législation *jurassienne*, qui prescrit au responsable du fichier réunissant des informations susceptibles d'affecter la personne concernée de mandater un tiers en lequel elle a confiance afin qu'il les lui communique. Il appartient dès lors au médecin consulté par le requérant et autorisé à exercer en Suisse de lui communiquer ses données médicales[1620]. La loi *neuchâteloise* octroie à la personne concernée la possibilité de se faire assister et/ou représenter par un médecin de son choix, autorisé à pratiquer dans un canton suisse, lors de la consultation de ses données médicales[1621]. De manière analogue, la loi *valaisanne* prévoit que « *les données couvertes par le secret médical et de nature à affecter par trop l'intéressé ne peuvent lui être communiquées que par l'intermédiaire de son médecin traitant ou à défaut d'un médecin qu'il désigne à cet effet* »[1622]. La solution *vaudoise*, enfin, est plus directive, puisque la personne ne peut obtenir les données médicales la concernant que par l'intermédiaire du médecin qu'elle consulte, autorisé à pratiquer dans un canton suisse[1623].

Cette modalité d'accès au dossier est une émanation du privilège thérapeutique du médecin qui a longtemps prévalu[1624]. Elle est à notre sens contestable, eu égard aux prérogatives conférées au patient sur les informations le concernant et au principe d'autodétermination sur lequel devrait désormais reposer sa prise en charge[1625]. Tout au plus pouvons-nous éventuellement la concevoir dans le contexte de la médecine psychiatrique[1626], susceptible de connaître des situations très délicates en raison de la fragilité des patients auxquels elle s'adresse et de la stigmatisation des affections auxquelles elle se réfère. Il n'en demeure pas moins, à l'instar de l'article 8 al. 3 LPD, que cette modalité d'accès au dossier doit demeurer « *une* ***exception*** [nous soulignons] *qui doit servir à ménager le patient et se limiter aux cas où la possibilité d'un dommage est évidente* »[1627].

[1618] Art. 7 al. 1er lit. b de la Loi vaudoise sur les fichiers informatiques et la protection des données personnelles.
[1619] Art. 24 al. 3 de ladite loi.
[1620] Art. 35 al. 2 de ladite loi.
[1621] Art. 27 de ladite loi.
[1622] Art. 16 al. 2 de ladite loi.
[1623] Art. 7 al. 2 de ladite loi.
[1624] ATF 105 II 284, 287; ATF 108 II 59, 61. Ce privilège (ou *exception thérapeutique*) permet au médecin de ne pas délivrer à son patient une information circonstanciée sur son état, lorsqu'il estime qu'elle est précisément susceptible de le péjorer plus encore. Pour de plus amples développements et une "critique empirique" de ce principe, cf. GUILLOD O. (1986), pp. 186-197.
[1625] Dans le même sens, DUCOR (2003), p. 84. *Contra*, mais en droit français, TROVERO/BESTARD (2001).
[1626] « *Eventuellement* », car la reconnaissance du droit à l'autodétermination du patient psychiatrique tend aussi à prendre de l'envergure. A ce propos, cf. notamment STEFFEN (2004).
[1627] DUBACH in MAURER/VOGT (1995), p. 138, n°29, cité par PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES (2002), pp. 21s.

Si le droit d'accès des personnes dont les données sont traitées est reconnu, des restrictions à son exercice sont toutefois envisageables, notamment lorsque un intérêt privé ou public prépondérant l'exige ou que la demande de renseignements engendrerait des démarches administratives disproportionnées. L'accès peut alors être refusé, limité ou suspendu, à l'appui d'un intérêt prépondérant. Le refus total ou partiel de communiquer à l'intéressé les données qu'il requiert est une décision administrative. Elle peut par conséquent faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité cantonale compétente désignée, dont les décisions sont à leur tour également susceptibles d'un recours auprès du Tribunal fédéral. Les cantons renvoient généralement à leur législation sur la procédure administrative, s'agissant de la procédure applicable, des voies et des délais de recours.

A l'inverse, certaines réglementations cantonales octroient à l'intéressé la possibilité de s'opposer à la communication à des tiers des données le concernant. Corollaires en médecine du droit du patient au consentement, il s'agit notamment du « *droit de blocage* » expressément mentionné dans les législations *tessinoise*[1628] et *valaisanne*[1629], respectivement du « *droit d'interdire* » postulé dans la loi *jurassienne*[1630]. Cette opposition sera toutefois refusée si le maître du fichier est contraint de part la loi à transmettre l'information ou que la personne concernée abuse du droit dont elle se prévaut dans le but de se soustraire à une obligation légale.

En cas de traitement illicite des données, la plupart des législations cantonales examinées instituent en faveur de la personne concernée un droit à leur rectification[1631], un droit à leur destruction[1632] et/ou un droit à l'inscription d'une mention appropriée[1633]. Une majorité d'entre elles précisent les règles de preuve applicables en la matière. La décision du responsable du fichier consécutive à ces requêtes est également susceptible d'un recours.

La personne qui a subi un préjudice en raison d'un traitement illicite de ses données peut en outre intenter une action en réparation du dommage subi et une action en réparation du tort moral. Ainsi, la loi *fribourgeoise* prévoit que la personne concernée peut faire valoir des prétentions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, conformément à la Loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents[1634], de même que solliciter

[1628] Art. 25*a* de la Legge sulla protezione dei dati personali.
[1629] Art. 10 de la Loi concernant la protection des données à caractère personnel et art. 3 de son règlement d'exécution.
[1630] Art. 17 de la Loi sur la protection des données à caractère personnel.
[1631] Voir par exemple l'art. 8 al. 1er lit. a de la Loi *vaudoise* sur les fichiers informatiques et la protection des données personnelles; l'art. 19 al. 1er de la Loi *neuchâteloise* sur la protection de la personnalité et l'art. 37 de la Loi *jurassienne* sur la protection des données à caractère personnel. Le droit *jurassien* admet en outre des actions en constatation de l'illicéité du traitement, en interdiction du traitement illicite et en cessation d'un tel traitement, sous réserve des actions relatives à la protection de la personnalité prévues par le Code civil. Cf. art. 36 de la loi jurassienne.
[1632] Voir par exemple l'art. 26 al. 2 lit. a de la Loi *fribourgeoise* sur la protection des données; l'art. 18 al. 4 de la Loi *valaisanne* concernant la protection des données à caractère personnel et l'art. 19 al. 1er de la Loi *neuchâteloise* sur la protection de la personnalité. Cette disposition préfère au verbe « *détruire* » le verbe « *effacer* », ce qui nous importe peu en l'espèce puisque le résultat de ces deux procédés se révèle, dans l'absolu, identique.
[1633] Voir par exemple l'art. 26 al. 2 lit. b de la Loi fribourgeoise sur la protection des données.
[1634] Loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents du 16 septembre 1986 (RSF 16.1).

la publication de tout ou partie du jugement qui en découle[1635]. A *Genève*, il est renvoyé[1636] aux dispositions de la Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes[1637]. Si la législation *jurassienne* impose aux organes, aux institutions et aux personnes qui y sont soumises de répondre du dommage causé à l'intéressé résultant d'un traitement illicite des données personnelles, elle leur reconnaît également un droit récursoire contre le responsable du fichier, quelle que soit la gravité de sa faute[1638]. A *Neuchâtel*, l'article 20 du Règlement d'exécution de la Loi cantonale sur la protection de la personnalité précise le principe selon lequel les exploitants, les gestionnaires et les utilisateurs sont responsables d'un traitement des données conforme à la loi, tandis que l'article 36 de ladite loi soumet la responsabilité civile de l'exploitant au droit cantonal sur la responsabilité civile. Cette disposition admet aussi que le juge statue en équité en cas d'atteinte particulièrement grave, même sans faute ou acte illicite des pouvoirs publics ou de ses agents. La législation *tessinoise*[1639] prévoit un régime de responsabilité en partie analogue, en renvoyant à la Loi sur la responsabilité civile des organes et des agents publics[1640]. Le maître du fichier *valaisan* répond du préjudice qu'il cause et de celui causé par ses subordonnés du fait de l'inobservation des règles prescrites dans la Loi concernant la protection des données à caractère personnel[1641]. La Loi cantonale sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents s'applique pour le surplus[1642]. Quant à la loi *vaudoise*, elle demeure muette en la matière.

Enfin, il semble que le canton de Neuchâtel soit le seul à instituer une norme pénale explicite en cas de violation des obligations prescrites par sa réglementation[1643].

2.4.4 La protection des données sous l'angle de la déontologie

Trouver puis comprendre les normes régissant la protection des données n'est pas une mince affaire. Aussi les différents professionnels amenés à recueillir des informations personnelles nominatives dans le cadre de leur activité recourent-ils parfois à leur code de déontologie respectif pour s'assurer de la conduite à adopter. L'importance des règles déontologiques sur la façon de tenir et d'exploiter les dossiers ne doit dès lors pas être sous-estimée. Au même titre que certains textes nationaux et supranationaux, plusieurs codes de déontologie d'associations professionnelles helvétiques enjoignent les professionnels auxquels ils s'adressent à respecter une série de mesures de précaution en la matière.

De fait, le Code de déontologie de la FMH[1644] impose à tous ses membres de constituer un dossier sur chacun de leurs patients et de le conserver dix ans au moins après la dernière annotation. Il institue également le droit du patient d'accéder à son dossier. Le médecin ne

[1635] Voir les art. 17 et 28 de la loi fribourgeoise. S'agissant plus particulièrement de la répartition des responsabilités en matière de sécurité, entre le maître du fichier et les participants au fichier, voir les art. 4 à 8 du Règlement sur la sécurité des données.
[1636] Art. 14 al. 3 de la loi genevoise.
[1637] Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (RSG A 2 40).
[1638] Art. 11 de la loi jurassienne.
[1639] Art. 8 al. 3 de la loi tessinoise.
[1640] Legge sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici du 24 octobre 1988 (RST 2.6.1.1).
[1641] Art. 14 al. 1er de la loi valaisanne.
[1642] Loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 10 mai 1978 (RS 170.1).
[1643] Art. 35 de la loi sur la protection de la personnalité.
[1644] Art. 12 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003.

peut refuser, restreindre ou suspendre le droit de consultation de son patient « *que dans la mesure où les intérêts d'une tierce personne ou ses propres intérêts sont prépondérants* »[1645].

Le Code de déontologie de la FSP enjoint également ses membres à apporter une attention particulière à la tenue de leurs dossiers. La règle 3.4 précise qu'ils doivent « *veille[r] à ce que l'accès à tous les documents qui comportent des informations confidentielles soient protégés des tiers ou à ce que les données soient rendues totalement anonymes* ». La règle 3.5 les oblige en outre à conserver leurs dossiers durant dix ans avant de les détruire, à moins que des « *dispositions légales ou institutionnelles* » ne s'y opposent. Enfin, la règle 4.4 accorde aux personnes intéressées un droit d'accès aux dossiers les concernant, à l'exception des données relatives à des tiers. Le « *Guide destiné aux psychologues FSP concernant la protection des données personnelles* » vient compléter ces prescriptions déontologiques. Aisément compréhensible, il se révèle un instrument particulièrement pratique pour ces professionnels. Par ailleurs, le « *Meta Code of Ethics* » de la FEAP décline en trois points le traitement adéquat des dossiers compilés par les psychologues et le droit des personnes de consulter les données les concernant, si nécessaire avec explications à l'appui, et à l'exclusion des informations relatives à des tiers[1646].

Les articles 9 et 10 du Code de déontologie de l'ASPAS traitent respectivement de la conservation et de la transmission des données personnelles. Les professionnels de l'action sociale sont en particulier tenus de ne retenir dans leurs dossiers « *que les données nécessaires à la gestion et à la légitimation de leur intervention* »[1647]. Le service (ou l'institution) au sein duquel œuvre le travailleur social est dit « *propriétaire des dossiers* ». Ces documents doivent « *en cas de suppression ou de gestion non professionnelle dudit service/de l'institution* », bénéficier d'une « *conservation soigneuse* »[1648]. Les personnes dont les données sont consignées dans les dossiers disposent du droit de les consulter. Ce droit peut toutefois leur être refusé, limité ou différé, en vertu d'une disposition légale ou si « *des intérêts prépondérants de tiers l'exigent* »[1649]. D'autre part, les informations concernant la personne intéressée ne sont dans la règle par accessibles aux tiers. Il est expressément admis néanmoins qu'elles puissent l'être pour les « *instances avec lesquelles il existe un rapport de mandat basé sur le droit tutélaire ou sur le droit pénal (…)* »[1650]. Tel peut être le cas typiquement des agents de probation. Ces règles professionnelles doivent en outre être lues à la lumière des « *dispositions relatives au traitement des données personnelles* ». Celles-ci font partie intégrante du Code de déontologie de l'ASPAS[1651] et expriment en des formules relativement claires les obligations des travailleurs sociaux y afférentes.

2.4.5 Mise en œuvre de l'ensemble de ces règles en milieu carcéral

Tout au long de l'exécution de la peine, de nombreuses données concernant les personnes incarcérées sont consignées par écrit. Si les obligations de confidentialité auxquelles sont

[1645] Art. 13 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003.
[1646] Cf. Principe 1er, ch. 2 par. 2, 6 et 7 du « *Meta Code of Ethics* », adopté le 1er juillet 1995 à Athènes par l'Assemblée générale de la FEAP.
[1647] Art. 9 ch. 1er du Code de déontologie de l'ASPAS, entré en vigueur le 4 juin 1999.
[1648] Art. 9 ch. 3 du Code de déontologie de l'ASPAS, entré en vigueur le 4 juin 1999.
[1649] Art. 10 ch. 1er du Code de déontologie de l'ASPAS, entré en vigueur le 4 juin 1999.
[1650] Art. 10 ch. 2 du Code de déontologie de l'ASPAS, entré en vigueur le 4 juin 1999.
[1651] Art. 1er ch. 5 du Code de déontologie de l'ASPAS, entré en vigueur le 4 juin 1999.

astreints les différents intervenants s'étendent aussi à ce qu'ils apposent sur papier et/ou conservent sur support informatique[1652], le droit de la protection des données s'applique également à ces documents. Il nous est dès lors paru intéressant de dresser un état des lieux de la législation consacrée à l'application du droit de la protection des données en milieu carcéral. Il s'agit d'une part de s'intéresser au régime juridique de la protection des données "incarcérées" et, d'autre part, de vérifier si les droits conférés aux particuliers dont les données font l'objet d'un traitement sont dans la même mesure reconnus aux personnes privées de leur liberté. Typiquement, la question se pose de savoir si le détenu a accès aux dossiers le concernant qui sont constitués et conservés par les différents intervenants pénitentiaires.

2.4.5.1 Protection du dossier administratif et du dossier individuel

Il convient d'emblée de préciser la distinction - parfaitement arbitraire, mais nécessaire pour éviter toute confusion - que nous établissons entre le dossier "administratif" et le dossier "individuel" du détenu. Le premier relève de l'autorité cantonale d'exécution et réunit l'ensemble des données administratives du détenu (données socio-démographiques, jugement, le cas échéant condamnations ultérieures, correspondances entre autorités le concernant, etc.). Le deuxième comporte aussi un certain nombre de données administratives relatives au détenu (correspondance, requêtes particulières, etc.), mais contient également certaines observations du personnel de l'établissement (rapports de discipline et plan d'exécution de peine, par exemple), et se trouve placé sous la responsabilité de son directeur, au même titre que le registre d'écrou. Les informations contenues dans le dossier individuel coïncident donc en partie avec celles réunies dans le dossier administratif. En vertu des principes régissant la protection des données, l'un comme l'autre regroupent l'ensemble des informations concernant le détenu qui sont considérées comme pertinentes pour son suivi en détention et la poursuite des buts assignés à l'exécution de la peine privative de liberté. Ces données peuvent avoir été acquises à tous les stades du processus pénal, dès la mise en détention préventive de l'individu, dans le cadre de son procès et jusqu'à sa libération définitive.

Nous avons vu précédemment que les autorités publiques, leurs agents et les personnes privées auxquelles est déléguée une parcelle de puissance publique doivent rigoureusement respecter les conditions de traitement des données qu'ils récoltent sur les particuliers. Toutes les informations recueillies sur les personnes incarcérées et enregistrées par les autorités pénitentiaires et leurs collaborateurs tombent dès lors sous le coup des législations cantonales sur la protection des données. Le Message à l'appui de la Loi fédérale sur la protection des données précise que les informations portant sur des sanctions pénales et leur exécution sont considérées comme des données personnelles sensibles au sens de l'article 3 lit. c, ch. 4 de la loi. Les informations réunies en particulier dans le dossier individuel du détenu peuvent également à notre sens être assimilées à la notion de « *profil de personnalité* »[1653], en ce qu'elles correspondent précisément à « *un assemblage de données relatives aux traits de la personnalité, aux compétences professionnelles ou aux activités extraprofessionnelles, (…) susceptible de donner une image complète d'une personne ou de ses caractéristiques essentielles* »[1654]. Tant les données personnelles qualifiées de sensibles que les profils de la personnalité bénéficient on l'a vu d'une protection accrue.

[1652] BJP 4/1954, n°282, p. 128; BJP 1/1988, n°335, p. 11; BJP 3/2000, n°803, p. 75.
[1653] Défini à l'art. 3 lit. d, LPD.
[1654] FF 1988 II 421, 455.

Fondamentalement, les principes énoncés dans la législation sur la protection des données se recoupent largement avec les principes généraux du droit administratif. Tel est le cas en particulier des principes de légalité, de proportionnalité, d'égalité de traitement, de bonne foi et d'interdiction de l'arbitraire. Dans la règle, l'ensemble de ces principes s'impose aux responsables des autorités d'exécution d'un canton et aux directeurs de ses établissements, de même qu'à leurs collaborateurs impliqués dans la constitution des différents dossiers. Aussi, ce n'est pas tant la question de savoir si l'administration pénitentiaire observe lesdits principes qui pourrait nous interpeller, mais plus le fait qu'elles soient astreintes aux mêmes règles que toute autre administration du domaine public, alors qu'elle exerce une des activités étatiques les plus attentatoires à la liberté personnelle des individus, laquelle est précisément reconnue comme étant l'essence même du droit de la protection des données.

Nous constaterons en effet que les dispositions qui spécifient la pratique de cette administration en la matière sont particulièrement rares. Cette observation pourrait légitimement nous amener à nous interroger sur la nature du statut que reconnaît à l'institution carcérale, - et, *in extenso*, à ses détenus - une société donnée à un moment donné. FROMENT[1655] l'exprime très bien, par le biais de l'analyse des politiques publiques françaises mises en œuvre pour tenter de « *moderniser* » l'appareil pénitentiaire de l'Etat républicain[1656]. Selon lui, « *la prison fait l'objet d'un double système de légitimation, pénal et d'ordre public, qui se traduit par des logiques régulatoire (administrative/judiciaire) et fonctionnelle (sécurité/réinsertion) difficilement compatibles* », d'où le « *caractère contradictoire du statut social et juridique* » de la prison en tant que l'on ne parvient plus très bien à saisir si elle est une institution essentiellement pénale ou plutôt d'ordre public. Suivant ce raisonnement, on pourrait se poser la question de savoir s'il y a lieu en matière de protection des données d'assimiler l'administration pénitentiaire à n'importe quel autre secteur d'activité publique et, partant, de reconnaître aux détenus un véritable statut d'usager de ce service avec tous les droits y afférents, y compris ceux relevant de la protection des données[1657]. Mais il s'agit là d'une digression, dont l'analyse dépasserait le cadre restreint de notre problématique et qui a déjà fait l'objet d'une étude très approfondie en droit français[1658], dont plusieurs des conclusions sont transposables à notre système juridique. Aussi, à ce stade et en l'état actuel du droit suisse, il ne nous reste guère qu'à extraire des réglementations cantonales les quelques dispositions précisant la teneur et la tenue du **dossier individuel** du détenu et celles consacrées au **registre d'écrou**.

La situation est relativement claire dans le canton de *Fribourg*, s'agissant du dossier individuel du détenu[1659]. Il est prévu en effet que la direction des établissements pénitentiaires de Bellechasse constitue pour chaque détenu un dossier qui réunit ses données personnelles « *nécessaires à l'exécution* ». Il est précisé que ces données doivent être collectées « *avant ou*

[1655] FROMENT (1995*a*), pp. 73-75.
[1656] En référence au Rapport BONNEMAISON (1989), intitulé « *La modernisation du service pénitentiaire* ».
[1657] A ce propos, voir PONCELA (2000).
[1658] PÉCHILLON (1998). Aussi cet auteur retient-il l'expression de « droit pénitentiaire *public* ». S'il estime pertinent de souligner le rattachement du « droit pénitentiaire » au droit *public*, c'est non seulement en raison de l'approche qu'il préconise pour aborder l'institution carcérale, c'est-à-dire en la considérant comme toute autre administration publique et en s'inspirant de la définition donnée au droit pénal administratif par DELMAS-MARTY/TEITGEN-COLLY (1992), p. 7, mais peut-être aussi pour se distancer d'un système juridique français qui rattache le droit pénal à la grande famille du droit privé. Cf. également CÉRÉ (1999), qui soulève ce point *via* l'étude de la réglementation pénitentiaire en matière disciplinaire.
[1659] Art. 15 al. 3 du Règlement des détenus et internés des Etablissements de Bellechasse du 9 décembre 1998 (RSF 341.1.12).

en cours de détention, notamment auprès des autorités judiciaires ou des autorités de placement ». Tout nouvel arrivant est également inscrit dans le registre d'écrou, lequel mentionne notamment l'ordre d'incarcération émis par l'autorité compétente et le genre de peine ou de mesure à subir. Au surplus, ce sont les dispositions de la loi cantonale sur la protection des données qui s'appliquent[1660].

Aucune disposition n'est consacrée aux dossiers constitués par l'administration pénitentiaire *genevoise* sur les personnes incarcérées dans les établissements du canton. Seules quelques règles éparses précisent la tenue d'un registre d'écrou, simple formalité administrative d'entrée dans l'établissement qui concerne tous les nouveaux arrivants[1661]. Le registre du quartier carcéral psychiatrique présente la particularité qu'il doit indiquer également « *le diagnostic clinique et la qualification de l'état de santé du malade à sa sortie* »[1662]. Plusieurs règles sont destinées à des registres particuliers, tels que le registre des visites[1663], celui des correspondances[1664] et celui des sanctions infligées[1665]. Elles se bornent toutefois à mentionner uniquement l'existence de ces documents et les personnes préposées à leur tenue.

Le droit *jurassien* se révèle plus lacunaire encore. Il se limite à imposer aux surveillants la tenue d'un « *registre des détenus* », « *conformément aux instructions du Gouvernement* » [1666], dont nous n'avons trouvé trace.

On retrouve dans le canton de *Neuchâtel* des dispositions analogues à celles contenues dans la législation fribourgeoise. Les données personnelles recueillies sur les détenus et « *nécessaires à la détention ou à l'exécution des peines ou des mesures* » doivent être réunies dans un « *dossier administratif* » - à savoir, un dossier individuel, au sens où nous l'entendons - lequel est tenu par la direction et régi pour le surplus par la législation cantonale sur la protection des données[1667]. Chaque nouvel arrivant est aussi mentionné au registre d'écrou, lequel comprend un certain nombre d'indications sur la personne du détenu et les raisons de son incarcération et doit être tenu en lieu sûr. La date et l'heure de l'élargissement, ainsi qu'une indication

---

[1660] Art. 8 al. 1er et 3 dudit Règlement.

[1661] Art. 17 lit. b du Règlement sur l'organisation et le personnel de la prison du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.01), art 3 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.04), art. 8 al. 3 du Règlement relatif aux établissements d'exécution de peines de courte durée, de fin de peine et de semi-détention du 29 mai 1996 (RSG F 1 50.08), art. 6 al. 3 du Règlement de la maison d'arrêt de Favra du 15 octobre 1986 (RSG F 1 50.12) et art. 6 al. 2 du Règlement du centre de sociothérapie « La Pâquerette » du 27 juillet 1988 (RSG F 1 50.20).

[1662] Art. 7 du Règlement du quartier carcéral psychiatrique du 4 mai 1988 (RSG F 1 50.16).

[1663] Art. 25 al. 4 du Règlement relatif aux établissements d'exécution de peines de courte durée, de fin de peine et de semi-détention du 29 mai 1996 (RSG F 1 50.08) et art. 21 al. 4 du Règlement de la maison d'arrêt de Favra du 15 octobre 1986 (RSG F 1 50.12).

[1664] Aux termes de l'art. 26 al. 2 du Règlement relatif aux établissements d'exécution de peines de courte durée, de fin de peine et de semi-détention du 29 mai 1996 (RSG F 1 50.08), un « *registre des envois recommandés* » est tenu par l'établissement

[1665] Art. 47 al. 6 du Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.04), s'agissant des placements en cellule forte. Cf. également l'art. 42 al. 6 du Règlement relatif aux établissements d'exécution de peines de courte durée, de fin de peine et de semi-détention du 29 mai 1996 (RSG F 1 50.08) et l'art. 38 al. 6 du Règlement de la maison d'arrêt de Favra du 15 octobre 1986 (F 1 50.12).

[1666] Art. 15 de l'Ordonnance sur les établissements de détention du 30 avril 1991 (RSJU 342.11).

[1667] Art. 16 al. 1er et 3 du Règlement général concernant la détention dans le canton de Neuchâtel du 3 mai 2000 (RSN 352.1).

attestant que la peine a été soit subie, soit levée ou interrompue y sont aussi consignées[1668]. Un extrait du registre doit être transmis aux « *autorités concernées* »[1669].

L'unique disposition dans la législation *tessinoise* consacrée au dossier individuel du détenu[1670] a été abrogée par l'adoption, le 11 novembre 2003, d'une nouvelle modification du *Regolamento sull' esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza*[1671]. Auparavant, le dossier individuel devait être tenu pour toute personne condamnée à une peine supérieure à trois mois, dans lequel étaient consignées les informations concernant son statut juridique, son aptitude à la vie sociale, son programme de traitement et les mesures post-carcérales envisagées. Le dossier devait être compilé dès le début de l'exécution de la peine et régulièrement mis à jour. Il s'agissait d'un document confidentiel à usage interne du pénitencier et placé sous la responsabilité directe du directeur de l'établissement. Aucune disposition particulière en la matière n'a depuis lors à notre connaissance été adoptée.

Dans le canton du *Valais*, seule la tenue en un lieu sûr du registre d'écrou est prévue. Ledit registre doit notamment rassembler le titre de détention et certaines indications, tant sur le détenu que sur les motifs de son incarcération. A l'instar du règlement neuchâtelois sur la détention, il est prévu que les « *autorités concernées* » en reçoivent un extrait[1672]. Les informations relatives à la libération de l'individu doivent également y figurer[1673]. Aucune disposition particulière ne traite en revanche du dossier individuel.

Il s'avère relativement délicat de se pencher sur la législation *vaudoise* relative à l'exécution des sanctions privatives de liberté, en raison du nombre impressionnant de dispositions obsolètes qu'elle contient. Tout au plus pouvons-nous relever, avec les réserves que cette dernière remarque impose forcément, que le règlement des Etablissements de la plaine de l'Orbe investit le chef administratif des établissements de la tenue du registre d'écrou[1674] et du dossier individuel de chaque détenu[1675].

Enfin, quelques pistes nous laissent à penser que le recours à des systèmes informatisés de gestion des données personnelles des détenus s'avère de plus en plus fréquent. Plusieurs praticiens nous ont rapporté qu'ils administrent sur support informatique un certain nombre d'informations nominatives concernant les détenus, *via* un certain logiciel de gestion. Par ailleurs, il semble qu'un projet dénommé « *Papillon* »[1676], fruit d'une collaboration - informatique, notamment - entre les cantons de Vaud et de Genève dans le champ pénitentiaire, soit encore en cours d'élaboration. Ses objectifs sont rapportés dans la Feuille officielle de la République et canton de Genève en les termes suivants :

[1668] Art. 18 al. 2 dudit Règlement.
[1669] Art. 6 du Règlement général concernant la détention dans le canton de Neuchâtel du 3 mai 2000 (RSN 352.1).
[1670] A savoir, la « *cartella personale* ».
[1671] Art. 15 du Regolamento sull' esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza per gli adulti du 23 novembre 1978 (RST 4.2.1.1.1). Abrogé par la modification du 11 novembre 2003, entrée en vigueur le 25 novembre de la même année. Cf. Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi 45/2003, p. 360.
[1672] Art. 21 al. 2 et 3 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200).
[1673] Art. 32 dudit Règlement.
[1674] Art. 206 et 226 du Règlement des Etablissements de la plaine de l'Orbe du 20 janvier 1982 (RSVD 340.11.1).
[1675] Art. 72 al. 1er dudit Règlement.
[1676] En référence au nom du logiciel informatique.

> *« Mettre à disposition de l'ensemble des collaborateurs de l'exécution des peines les informations sur les détenus et les condamnés, nécessaires à leurs activités quotidiennes. (…) Les informations utiles à tous seront regroupées sur un serveur central, et les informations utiles à un site informatique particulier ou réservées à une catégorie spécifique de personnel seront décentralisées sur les serveurs locaux ou directement sur les postes de travail. Ainsi, chacun, d'un bout à l'autre de la chaîne pénitentiaire, disposera donc des renseignements complets lui permettant de prendre les bonnes décisions, en parfaite coordination avec les autres services et intervenants. Entre les deux cantons, les informations nécessaires pourront circuler par le réseau intercantonal entre l'autorité responsable du placement et l'établissement pénitentiaire. Des mesures particulières ont été prises pour assurer la sécurité des données, par exemple, en restreignant les droits d'accès à plusieurs niveaux*[1677].

L'auteur de ces lignes, le Centre d'information et de documentation de la Chancellerie d'Etat, ne manquait pas en outre de préciser ici que « *derrière le projet "Papillon", il y a donc bien plus qu'un souci technique. On retrouve une vision commune de l'exécution des peines et la volonté d'individualiser la gestion pénitentiaire, tout en veillant à coordonner les différentes interventions et à progresser dans le traitement vers une véritable interdisciplinarité*[1678]. L'extrait du rapport de gestion de la prison de Champ-Dollon en 2004, disponible sur le site internet officiel du canton de Genève[1679], indique parmi ses priorités la « *poursuite de la collaboration avec la direction de l'Office pénitentiaire et le Centre des Technologies de l'information (CTI) dans le cadre de la gestion et de l'évolution du système d'information « Papillon »* ». Ce système concerne tant la prison préventive de Champ-Dollon, que le service de l'application des peines et mesures et le service du patronage. Les délibérations au sein du Grand Conseil genevois sur le financement de ce projet précisaient en leur temps que les informations médicales et celles relatives à la personnalité des détenus ne seraient pas comprises dans ce système de bases de données[1680]. Il n'empêche que nous n'avons trouvé aucune disposition réglementaire ou légale mentionnant expressément quelles pouvaient être les données réunies dans ce support informatique d'échange d'informations. A notre connaissance, aucune étude hors administration n'a été réalisée à ce jour sur l'ampleur des mesures de précaution préconisées en ce domaine et sur l'étendue du droit d'accès à ces informations.

En conclusion, si plusieurs principes directeurs sont susceptibles de guider les professionnels de l'exécution des sanctions dans le traitement des dossiers individuels et administratifs qu'ils constituent sur les détenus, tous les cantons latins n'ont pas jugé opportun de préciser la

---

[1677] Feuille d'avis officiel de la République et canton de Genève du 20 décembre 1996. Ce sont les conseillers d'Etat Josef ZISYADIS, pour le Département de la justice, de la police et des affaires militaires du canton de Vaud, et Gérard RAMSEYER, pour le Département de justice et police et des transports du canton de Genève, qui ont conclu le 12 décembre 1996 la convention de partenariat entre leur deux cantons dans le domaine informatique, dont un volet est consacré à leur collaboration en matière d'« *informatique pénitentiaire* ».

[1678] Feuille d'avis officiel de la République et canton de Genève du 20 décembre 1996.

[1679] Voir sous : http://www.geneve.ch/penitent/champ-dollon/welcome.asp?rubrique=champ-dollon_gestion

[1680] Mémorial du Grand Conseil de la République et canton de Genève, 53e législature, 3e année, Session 08 (juin 1996), Séance 26 du 21 juin 1996. PL 7428-A Projet de loi du Conseil d'Etat ouvrant un crédit destiné à financer la réalisation du système d'information pénitentiaire genevois « Papillon ». Mémorial 1996 : Projet, 1560. Commission, 1651. Rapport de M. J.-C. VAUDROZ (DC), Commission des finances.

portée et les modalités de leur pratique en la matière, dans le contexte particulier qui est le leur. Les principes généraux du droit administratif et le secret de fonction auquel ils sont astreints leur fournissent il est vrai des pistes et la législation cantonale sur la protection des données bien entendu s'applique également, mais il semble qu'ils en ignorent souvent la teneur et le but. Seuls certains établissements disposent de directives internes relativement précises sur ces différents points qui circonscrivent la pratique de leur personnel en la matière dans un triple objectif de clarification, de simplification et de cohérence. En conséquence, et à défaut d'une loi unique au niveau fédéral, il conviendrait à notre sens que soient intégrées dans **tous** les textes cantonaux relatifs à l'exécution des sanctions des dispositions précisant non seulement l'établissement et l'étendue des dossiers administratifs et individuels concernant les détenus, mais également les droits et les obligations y afférents.

2.4.5.2 Protection du dossier médical[1681]

En tant qu'il constitue « *le support matérialisé du secret [professionnel]* »[1682], il importe que nous nous attardions sur le dossier médical du détenu, lequel réunit un certain nombre d'informations sur sa santé et sa sphère intime. A l'instar de la Loi fédérale sur la protection des données[1683], plusieurs législations cantonales romandes et du Tessin[1684] qualifient ces données de sensibles et leur octroient dès lors une protection juridique spéciale[1685].

Eu égard à notre problématique, nous entendons par « données médicales », l'ensemble des informations relatives à la santé de la personne incarcérée, telles que « *les notes sur le déroulement d'un traitement, les descriptions de symptômes, les diagnostics, les médicaments prescrits, les réactions, les résultats d'analyses ou les radiographies* »[1686]. Elles peuvent avoir été acquises directement auprès du détenu, notamment lorsqu'il les confie aux différents intervenants dans le cadre de l'exécution de leurs tâches respectives, ou indirectement, lorsqu'elles résultent de l'examen, somatique et/ou psychiatrique en particulier, de la personne incarcérée. Elles peuvent aussi avoir été communiquées par des tiers, tels que ses proches. Recueillies par un professionnel de la santé, elles sont susceptibles d'être rassemblées dans un dossier, tenu sur support papier et/ou informatique. Ce dossier peut notamment être qualifié de dossier « *médical* » (quand il découle de l'activité d'un médecin), de dossier « *infirmier* » (lorsqu'il est constitué par le personnel infirmier) ou de dossier « *hospitalier* » (dès lors que le patient est pris en charge par une unité hospitalière sécurisée). Il est en tous les cas un « *dossier patient* »[1687]. Dans une optique simplificatrice, nous

[1681] Pour un examen détaillé de la législation cantonale romande, tessinoise et alémanique consacrée au dossier médical et à la protection des données médicales, cf. CLEMENT/HÄNNI/SPRUMONT (2003), pp. 97-101 et 105-109.
[1682] TROVERO/BESTARD (2001), p.17.
[1683] Art. 3 lit. c ch. 2 LPD. Pour un commentaire approfondi du droit de la protection des données médicales, lire HÜRLIMANN/JACOBS/POLEDNA (2001).
[1684] Cf. notamment l'art. 3 lit. c ch. 2 de la loi *fribourgeoise*, l'art. 2 al. 2 lit. a et b de la loi *jurassienne* et l'art. 4 al. 2 de la loi *tessinoise*.
[1685] Cf. l'art. 8 et 19 al. 2 *in fine* de la loi *fribourgeoise*, l'art. 5 al. 2 de la loi *jurassienne*, l'art. 6 al. 4 de la loi *tessinoise*. Au niveau fédéral, voir notamment les art. 12 al. 2 lit. c, 13 al. 2 lit. c, 17 al. 2, 18 al. 2, 19 al. 3 et 22 al. 2 lit. b LPD.
[1686] PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES (2002), p. 7. Plus généralement, sur le traitement des données personnelles dans le domaine médical, se référer au Guide y relatif, élaboré en 1997 par le Préposé fédéral et disponible sous : http://www.edsb.ch/f/aktuell/index.htm, rubriques : Publications/Guides.
[1687] GUILLOD J. (1997).

recourrons à la notion de « dossier médical » pour nous référer à l'ensemble des données réunies dans le document tenu par un soignant pénitentiaire consacré à son patient-détenu.

Pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel de la santé, il nous importe peu de savoir qui en est l'auteur, puisque les principales règles régissant le dossier concernant le patient sont similaires. Il n'est pas déterminant non plus que l'ensemble des données réunies dans le dossier se révèle de nature strictement médicale. Au contraire, il peut aussi porter sur des informations *a priori* non médicales[1688], mais qui sont pour le praticien essentielles de connaître et de consigner. Il est dans l'intérêt du soignant en effet de retranscrire toutes les données recueillies dans l'accomplissement de ses tâches, non seulement pour le bon exercice de sa profession, mais également pour apporter le cas échéant la preuve de ses actes, par exemple s'il devait lui être intenté un procès en responsabilité. Il va de soi enfin que le contenu du dossier médical d'un patient-détenu ne diffère foncièrement pas de celui du patient libre. Ainsi que le relève HANHART en revanche, il est vrai qu'il existe autant de dossiers médicaux différents que de médecins. Si l'on trouve un certain nombre d'éléments constitutifs communs à tous dossiers, leur contenu dépend donc étroitement de l'investissement du praticien, forcément à géométrie variable[1689].

« *Les réponses aux problèmes relatifs à l'accès et à la confidentialité du dossier médical peu[ven]t différer selon que la relation* » médecin-patient[1690] découle d'un contrat de soins soumis aux règles du mandat[1691], ou est régie par le droit public[1692]. Il convient dès lors de rappeler ici que le professionnel de la santé pénitentiaire noue avec le patient-détenu une relation régie par le droit public, réglementée par le droit cantonal dont relève l'institution carcérale qui les abrite[1693]. Nous ne nous arrêterons donc pas sur les dispositions des législations sanitaires des cantons romands et du Tessin qui portent uniquement sur l'aménagement de la tenue du dossier médical par un professionnel de la santé indépendant[1694], sinon incidemment, lorsqu'il y est renvoyé. Il importe en revanche de répertorier les dispositions particulières destinées à ce personnel qui sont contenues dans les législations cantonales relatives notamment à l'exécution des sanctions privatives de liberté.

[1688] Par exemple, des données concernant sa vie familiale et socio-professionnelle. Cf. STROUN/BERTRAND (2003), p. 168.

[1689] HANHART (1995), p. 3.

[1690] MARTIN-ACHARD/THEVENOZ (1985), p. 246.

[1691] Art. 394ss CO. Cette obligation résulte également de la jurisprudence: voir notamment l'ATF 113 II 429.

[1692] MANAÏ (1999), p. 139.

[1693] MARTIN-ACHARD/THEVENOZ (1985), p. 247.

[1694] Voir par exemple les art. 57 à 60 de la Loi *fribourgeoise* sur la santé du 16 novembre 1999 (RSF 821.0.1) ; les art. 26 et 64 de la Loi de santé *neuchâteloise* du 6 février 1995 (RSN 800.1) et les art. 13 et 14 du Règlement neuchâtelois concernant l'exercice des professions médicales et des autres professions de la santé du 2 mars 1998 (RSN 801.100), qui traitent du sort réservé aux dossiers en cas de cessation des activités ou du décès du soignant exerçant à titre indépendant. Dans le canton du *Jura*, chaque profession de la santé exercée à titre indépendant fait l'objet d'une Ordonnance qui détermine l'obligation pour le professionnel de tenir un dossier médical pour chacun de ses patients et de leur communiquer les données objectives les concernant. Chaque Ordonnance indique également la durée de conservation du dossier et son devenir en cas de décès ou de cessation des activités du professionnel en question, ainsi que la possibilité pour l'organe compétent qu'elle désigne - généralement, le médecin cantonal ou le service de la santé - d'édicter des directives relatives à l'établissement, au traitement, à la conservation et à la transmission des dossiers. Voir par exemple l'Ordonnance concernant l'exercice de la médecine (RSJU 811.111), l'Ordonnance concernant l'exercice de la profession d'infirmière et infirmier (RSJU 811.217), ou encore l'Ordonnance concernant l'exercice de la profession de psychothérapeute non-médecin (RSJU 811.223).

Dans le canton de *Fribourg*, le Règlement des détenus et des internés des Etablissements de Bellechasse impose que soit tenu pour chaque personne incarcérée un dossier dit « *de santé* »[1695]. Aux termes de l'article 54 de ce règlement, les données médicales de chaque détenu sont réunies dans ce dossier, lequel est placé sous la responsabilité du médecin des Etablissements, qui le gère « *en collaboration avec tous les professionnels de la santé concernés* ». Il est en outre précisé qu'avec l'accord du détenu et dans la mesure où cela est nécessaire pour la poursuite de sa prise en charge médicale, son dossier peut être remis au médecin traitant du nouvel établissement dans lequel il aura été transféré. Les dispositions de la loi cantonale sur la protection des données s'appliquent pour le surplus[1696]. S'agissant des données médicales toutefois, l'article 24 al. 3 de la Loi sur la protection des données[1697] réserve la loi sur la santé, laquelle octroie au patient le droit de consulter son dossier, à l'exception des notes rédigées par le soignant exclusivement pour son usage personnel et des données concernant des tiers couvertes par le secret professionnel[1698]. Il apparaît dès lors que le patient-détenu bénéficie de ce droit dans la même mesure qu'un patient libre.

Dans le canton de *Genève*, les soins prodigués aux personnes incarcérées sont l'affaire des soignants de l'Institut de médecine légale[1699]. Ces derniers assument la responsabilité des soins dispensés au sein du service médical de la prison de Champ-Dollon, du quartier (ou unité) carcéral(e) psychiatrique et du quartier (ou unité) cellulaire de l'Hôpital cantonal[1700]. Comme l'Institut dépend des Hôpitaux universitaires de Genève[1701], il relève on l'a vu de la Loi sur les établissements publics médicaux[1702], laquelle renvoie à l'article 2 de la Loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients[1703] s'agissant de la protection des données des personnes soignées dans un établissement public[1704]. Cette disposition dissocie le contenu du « *dossier patient* » en dossier médical et, le cas échéant, en dossier infirmier et dossier social. Le dossier médical en particulier, réunit « *toutes les pièces concernant le patient* ». Ce dernier dispose du droit d'y accéder. Seules lui sont soustraites les notes personnelles du médecin et les faits portés à la connaissance du praticien par des tiers, qui sont scellés par le secret. Tout porte dès lors à croire que les patients-détenus tombent sous le coup de cette législation, puisqu'il n'existe ni réserve, ni réglementation particulière concernant les informations médicales relatives aux personnes incarcérées, à l'exception de celles placées au quartier carcéral psychiatrique.

Le Règlement du quartier carcéral psychiatrique[1705] précise en effet le contenu minimal et l'accessibilité par des tiers au dossier médical des patients incarcérés[1706]. Dans la mesure du

---

[1695] Art. 8 al. 2 du Règlement des détenus et des internés des Etablissements de Bellechasse du 9 décembre 1998 (RSF 341.1.12).
[1696] Art. 8 al. 3 dudit Règlement.
[1697] Loi sur la protection des données du 25 novembre 1994 (RSF 17.1).
[1698] Art. 60 al. 2 et 3 de la Loi sur la santé du 16 novembre 1999 (RSF 821.0.1).
[1699] Art. 1er lit. b du Règlement de l'Institut universitaire de médecine légale (RSG K 1 55.04).
[1700] Art. 11 dudit Règlement.
[1701] Art. 2 dudit Règlement.
[1702] Art. 1er lit. a de la Loi sur les établissements publics médicaux (RSG K 2 05).
[1703] Loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (RSG K 1 80).
[1704] Art. 9 al. 9 de la Loi sur les établissements publics médicaux. Rappelons ici que les fichiers médicaux sont exclus du champ d'application de la Loi cantonale sur la protection des données. Cf. art. 9 al. 4 de ladite loi.
[1705] En vertu de l'art. 1er du Règlement du quartier carcéral psychiatrique du 4 mai 1988 (RSG F 1 50.16), cette unité est une section de la prison de Champ-Dollon. Elle est un établissement psychiatrique au sens de la loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques du 7 décembre 1979 (RSG K 1 25). Pour de plus amples développements sur sa création et son fonctionnement, cf. notamment DE MONTMOLLIN (1989), pp. 318-321 et NEBULONI (1994).

possible, « *les principaux signes psychiatriques observés, le diagnostic posé, les soins et les traitements administrés* » y sont consignés. Ce dossier doit être tenu constamment à jour. Le cercle des personnes qui ont droit d'y accéder - sur accord du patient ou, à défaut, de son représentant légal - est strictement délimité. Il s'agit uniquement des médecins qui ont requis l'hospitalisation et du médecin traitant ainsi que, dans tous les cas, des médecins membres du Conseil de surveillance psychiatrique[1707]. Cette disposition est pour ainsi dire analogue à l'article 9 de la Loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales, à un alinéa près toutefois, et de taille. Alors que l'alinéa 3 de cette disposition reconnaît expressément aux personnes souffrant d'affections mentales le droit d'accéder à leur dossier, aucune mention expresse n'est en revanche formulée en ce sens pour les patients incarcérés au sein du quartier carcéral psychiatrique.

Aux termes de l'article 28 de la Loi sanitaire *jurassienne*[1708], toute personne a le « *droit de connaître les données objectives de son dossier personnel indiquant les résultats des investigations, le diagnostic et les soins qu'il a reçus* ». Le patient peut en ce sens consentir, exiger, ou, au contraire, interdire que les données comprises dans son dossier soient partagées entre plusieurs soignants. Les dispositions de la Loi cantonale sur la protection des données à caractère personnel priment néanmoins sur celles y relatives postulées dans La loi sur la santé[1709]. Il convient dès lors de se référer à la Loi sur la protection des données pour connaître les exceptions susceptibles d'être opposées au droit d'accès du patient aux informations - médicales notamment - le concernant. Pour autant, il est regrettable de constater qu'aucune règle, ni dans la législation sanitaire, ni dans celle sur la protection des données, ni même dans celle relative à l'exécution des peines, ne précise les modalités de tenue et d'accès aux dossiers constitués par les professionnels de la santé dans l'exercice de leur activité en milieu carcéral.

Bien qu'insatisfaisante, la situation s'avère plus claire dans le canton de *Neuchâtel*. Aux termes de l'article 16 al. 2 du Règlement concernant la détention, un dossier médical doit être composé pour chaque détenu et « *géré par le médecin de l'établissement en collaboration avec tous les professionnels de la santé concernés* ». Par ailleurs, en cas de transfert et si le détenu y consent, son dossier sera transmis au nouveau médecin traitant de l'établissement, afin de garantir la continuité et la coordination des soins. La Loi sur la protection de la personnalité s'applique pour le surplus. Celle-ci définit en particulier la notion de données médicales et précise le droit d'accès du patient à son dossier[1710]. Il y a dès lors tout lieu de croire que le patient-détenu puisse « *en tout temps, consulter les données médicales le concernant* »[1711].

Dans le canton du *Tessin*, la Loi sur la promotion de la santé et la coordination sanitaire impose à tout professionnel de la santé, qu'il exerce dans le secteur privé ou public, d'établir

---

[1706] Art. 8 dudit Règlement.

[1707] Sur les compétences, les attributions, l'organisation et la composition du Conseil de surveillance psychiatrique, ainsi que les obligations auxquelles ses membres sont tenus, cf. notamment les art. 14 à 20 de la Loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques et les art. 2 à 6 de son Règlement d'exécution du 20 avril 1988 (RSG K 1 25.01), ainsi que l'art. 10 de la Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 14 mars 1975 (RSG E 4 10). Voir également JUNG (2002).

[1708] Loi sanitaire du 14 décembre 1990 (RSJU 810.01).

[1709] Art. 28 al. 1er *in fine* de la loi sanitaire.

[1710] Art. 26 et 27 de ladite loi.

[1711] Art. 27 de ladite loi.

pour chacun de ses patients l'équivalent en italien du dossier médical ; à savoir, une « *cartella sanitaria* ». La loi détermine quelles sont les principales données qui la composent et sa durée minimale de conservation[1712]. Elle délimite le droit d'accès du patient à son dossier et lui octroie une possibilité de rectifier les éventuelles données erronées qu'il aurait constatées[1713]. A la loi-cadre s'ajoutent des réglementations consacrées à certaines catégories de professionnels, qui leur imposent de tenir un dossier pour chacun de leur patient et détaillent les éléments qui doivent le composer[1714].

La tenue et le traitement des dossiers constitués spécifiquement par le personnel soignant des établissements de détention ne fait l'objet que d'une réglementation parcellaire. Seule l'assistance psychiatrique et psychologique des détenus fait l'objet de règles précises en la matière dans les réglementations consacrées à l'organisation sociothérapeutique du canton auxquelles le règlement de la Stampa renvoie expressément[1715]. La loi sur l'assistance sociothérapeutique oblige en particulier les soignants traitants auxquels elle s'adresse à établir une « *cartella clinica* » pour chacun de leurs patients[1716]. Elle énonce en outre les règles relatives à la conservation des données et à la gestion des archives sous la responsabilité des services sociothérapeutiques. Elle rappelle enfin l'application de certaines dispositions de la Loi sur la protection des données personnelles[1717].

La tenue des dossiers des médecins et des psychiatres des établissements de détention *valaisans* ne fait l'objet d'aucune règle particulière dans la législation cantonale. Elle est toutefois précisée dans les *Directives concernant le service médical des prisons* élaborées par le Département des finances, des institutions et de la sécurité de concert avec le Département de la santé, des affaires sociales et de l'énergie[1718]. Celles-ci imposent aux médecins des prisons d'élaborer un dossier médical pour chaque patient-détenu et de le conserver sous leur responsabilité. Le dossier doit renfermer « *les informations, les diagnostics, de même que le suivi médical, le traitement prescrit et les résultats d'éventuels examens spéciaux* » Il doit également mentionner, « *dans la mesure du possible, tout atteinte à la santé préexistante à la détention* », tel que le dicte l'article 47 lit. c du Règlement, qui impose aussi au médecin de signaler cet état[1719]. Ces directives se prononcent enfin sur la transmission du dossier à un confrère en cas de transfert du patient-détenu dans un autre établissement. Par ailleurs, le cahier des charges établi par le médecin cantonal à l'intention des médecins des établissements les oblige à tenir un dossier médical dans chaque cas. Il les enjoint en outre à

[1712] Art. 67 de la Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario del 18 aprile 1989 (RST 6.1.1.1).
[1713] Art. 6 al. 3 et 4 de ladite loi.
[1714] Cf. par exemple l'art. 10 du Regolamento concernente l'esercizio della professione di psicologo e di psicoterapeuta du 4 septembre 1979 (RST 6.1.4.6).
[1715] Art. 68 du Regolamento del Penitenziario Cantonale du 3 décembre 1998 ; non retenu au Recueil systématique. Disponible sur demande auprès de la Section d'exécution des peines et des mesures, rattachée au Département des institutions du canton du Tessin.
[1716] Art. 29 al. 3 de la Legge sull' assistenza sociopsichiatrica du 2 février 1999 (RST 6.3.2.1). Sur la « *cartella clinica* », cf. également l'art. 30 al. 1er et 2 du Regolamento d'applicazione della legge sull' assistenza sociopsichiatrica du 11 avril 2000 (RST 6.3.2.1.1).
[1717] Art. 39 de la Legge sull' assistenza sociopsichiatrica. Cf. également l'art. 30 al. 3 et 4 de son règlement d'application.
[1718] Cf. Art. 42 al. 4 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais du 10 décembre 1993 (RSVS 340.200). En réalité, il nous a été rapporté que ces directives ont été rédigées par un soignant exerçant en milieu carcéral, avant d'être adoptées par le Conseil d'Etat.
[1719] Cf. pt. 3.3 des « *Directives du Département de la justice, de la police et des affaires militaires et du Département de la santé publique concernant le service médical des prisons* » du 23 mai 1996, p. 3.

consigner dans le dossier « *le détail de leurs interventions* » et à le garder confidentiel « *afin de préserver le secret médical* ». Aucune directive n'aménage cependant le droit du détenu d'accéder à son dossier.

Dans le canton de *Vaud*, les soins prodigués aux patients incarcérés sont assumés par le Service de médecine et de psychiatrie pénitentiaires, lequel est rattaché aux hospices cantonaux[1720]. Dans leurs relations avec leurs patients, les collaborateurs du SMPP sont tenus aux mêmes règles que tout autre praticien exerçant à titre dépendant ou non, puisque la loi vaudoise sur la santé s'applique tant au secteur privé que public, sauf disposition spécifique[1721]. En particulier, il est reconnu au patient le droit d'accéder à son dossier médical selon les modalités précisées à l'article 24 de ladite loi. Les informations médicales ne peuvent toutefois être obtenues qu'auprès du médecin consulté[1722]. Ce dernier pourra d'ailleurs demander que l'examen du dossier ait lieu en sa présence, s'il estime qu'il peut avoir « *de graves conséquences* » pour son patient[1723]. Sont ici visées des situations délicates, douloureuses et/ou équivoques pour le patient, dont le médecin craint qu'il n'en saisisse pas les enjeux. Tel peut être le cas en psychiatrie ; domaine dans lequel l'obligation du praticien d'informer son patient peut éventuellement subir des tempéraments en raison du type de maladies prises en charge, quand bien même le droit du patient psychiatrique à l'autodétermination doit demeurer la règle[1724]. Aucune disposition n'est cependant spécifiquement consacrée au traitement des données médicales des personnes incarcérées dans les établissements vaudois.

A l'issue de ce survol, nous pensons que le traitement des dossiers médicaux établis par les professionnels de la santé qui exercent en milieu carcéral devrait faire l'objet d'une réglementation spécifique. L'absence de règles précises et communes, qui organisent la tenue et l'accès à ces dossiers, favorise les pratiques hétérogènes. S'il n'est pas commode pour les soignants d'asseoir dans ce contexte une activité cohérente, il l'est moins encore aux détenus de faire valoir leurs droits en la matière. Aux incertitudes qui en découlent peut alors s'ajouter une certaine suspicion, susceptible de renforcer les réticences déjà patentes en ce milieu des uns par rapport aux autres et qui se répercutent sur la conduite de l'établissement. Trois exemples permettent précisément d'illustrer l'insécurité qui traverse le régime juridique des données médicales nominatives recueillies en prison :

Le premier exemple se réfère au traitement des données au sein même de l'équipe médicale. Dans les établissements qui organisent la prise en charge médicale autour d'une équipe soignante, la question se pose de savoir ce qu'il advient concrètement du dossier médical

[1720] Les hospices cantonaux relèvent du Département de la santé et de l'action sociale. Cf. Art. 2 de la Loi sur les Hospices cantonaux du 16 novembre 1993 (RSVD 810.11) et le Règlement y afférent du 22 février 1995 (RSVD 810.11.1).
[1721] Cf. en particulier le chapitre III de la Loi sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSVD 800.01).
[1722] Art. 7 al. 2 de la Loi sur les fichiers informatiques et la protection des données personnelles du 25 mai 1981 (RSVD 172. 65).
[1723] Art. 24 al. 3 de la Loi sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSVD 800.01).
[1724] Dans le même sens, cf. JONAS (1999). Tel que l'exprime par ailleurs le Préposé fédéral à la protection des données, « *(…) en psychiatrie et en psychothérapie, de nombreux concepts revêtent une signification scientifique précise dans leur contexte professionnel. Néanmoins dans le langage courant, ces concepts sont utilisés de manière dépréciative ou extrêmement imprécise. Citons par exemple les notions d'hystérie, de névrose ou de schizophrénie. Sans explications de l'auteur, il est hautement vraisemblable que ce genre de dossiers médicaux soit à l'origine de malentendus auprès des non-initiés* ». Cf. PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES (2002), p. 21.

nourri de l'activité de plusieurs soignants pénitentiaires et constitué en commun[1725]. En particulier, à quel soignant précisément incombe-t-il de le gérer et quelles sont les personnes autorisées à le consulter ? Aucune règle particulière ne traite de la question. A notre sens, il serait judicieux de confier la responsabilité d'un tel dossier à l'un seulement des praticiens concernés. En effet, si tous sont détenteurs d'informations médicales et alimentent le dossier qui les rassemble, le pouvoir décisionnel quant à son traitement devrait être du ressort d'un seul d'entre eux. Il s'agirait par conséquent de distinguer les professionnels qui produisent l'information médicale de celui qui, en sus, l'"administre", c'est-à-dire en particulier, la récolte, la classe, la protége des indiscrétions, voire éventuellement la saisit sur support informatique. A elle seule devrait appartenir la décision d'octroyer l'accès au dossier ainsi constitué et revenir la charge d'en vérifier l'exactitude. Eu égard au pouvoir attaché à ce rôle clef, véritable interface entre les personnes ressources et celles demanderesses, ces tâches devraient incomber au praticien sous la responsabilité duquel est placé l'ensemble des professionnels de la santé exerçant au sein de la même institution. Ces derniers, considérés comme étant ses auxiliaires, devraient dans la même mesure se conformer aux obligations qui lui sont imposées. Il serait de surcroît essentiel à notre sens que l'ensemble des soignants puisse consulter les informations pertinentes pour l'exercice de leur activité contenues dans les dossiers des patients-détenus de l'unité de soins à laquelle ils sont rattachés. Il en va de la saine collaboration entre les professionnels de la santé, impérative pour poursuivre les intérêts des patients incarcérés. Chaque détenu devrait toutefois être informé de l'étendue du partage du dossier le concernant entre les membres du personnel soignant. Afin de conserver un historique des consultations et dès lors une maîtrise sur la circulation des informations, il devrait également incomber au responsable de la gestion des dossiers d'inscrire nommément dans un registre qui lui serait propre les personnes qui font usage de leur droit d'accès.

Le deuxième exemple porte sur l'accès du patient incarcéré au dossier médical le concernant et révèle la survivance en milieu carcéral d'un certain paternalisme médical. Il ressort en effet de nos entretiens que certains professionnels de la santé s'opposent précisément à la consultation par le détenu de son dossier. S'ils ne se prévalent d'aucun motif pertinent susceptible de justifier leur refus, tel qu'un intérêt public prépondérant motivant le maintien de la confidentialité du dossier au détriment de l'intérêt privé à sa consultation, qu'advient-il du principe de son accessibilité par le patient concerné ?[1726] De même qu'opposer le secret médical au patient se heurte au principe selon lequel une information de qualité[1727] doit lui être donnée, lui refuser l'accès personnel et direct à son dossier médical[1728] déroge à son droit à l'information[1729], dont il est un aspect et, partant, à son droit à l'autodétermination[1730],

[1725] Seules les législations fribourgeoise et neuchâteloise précitées prévoient expressément que le dossier médical d'un patient-détenu est « *géré par le médecin de l'établissement en collaboration avec tous les professionnels de la santé concernés* ».

[1726] C'est ici pour DUMOULIN J. (1992), p. 112 que s'exprime précisément la « *fonction autoritaire* » du secret, susceptible de conduire à « *l'infantilisation du patient* ».

[1727] Est dite de qualité, une information « *complète, compréhensible et adaptée aux connaissances, à la personnalité et aux angoisses du malade* ». Cf. RÜEDI (1995), p. 377.

[1728] Nous ne raisonnons pas ici sur la base d'un dossier médical portant uniquement sur la santé mentale de l'intéressé, dont le traitement et la consultation sont susceptibles de connaître des aménagements.

[1729] Consacré par le Tribunal fédéral en 1979 déjà, in : ATF 105 II 284. Voir également les références citées par O. GUILLOD dans le Dictionnaire suisse de politique sociale (2002), disponible sur l'Internet à l'adresse suivante : http://www.socialinfo.ch/ , rubrique : Information du patient. Le droit du patient à l'information sur les données médicales le concernant est également reconnu dans un certain nombre d'instruments juridiques internationaux, par exemple à l'article 10 par. 2 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997. Le par. 3 de cette disposition précisant que ce n'est qu'« *à titre exceptionnel, [que] la loi peut prévoir, dans l'intérêt du patient, des restrictions à l'exercice des droits mentionnés au paragraphe 2* ».

garanti notamment à l'article 13 Cst[1731]. Dans le même sens, les données versées au dossier médical tombent irrémédiablement sous le coup de la protection pénale de l'article 321 CP. L'obligation de secret qu'il institue ne s'oppose pas au droit du patient à accéder à son propre dossier, mais à sa consultation par des tiers. Il faut alors admettre avec PAGE que « *ce n'est pas telle ou telle pièce du dossier médical ou telle ou telle information y étant contenue qui fait l'objet de la protection, mais bien la volonté du patient en tant que sujet de l'information de maîtriser et déterminer le destin des informations sensibles le concernant* »[1732]. Il ne devrait donc pas, dans la règle, exister de distinction entre la situation d'un patient libre souhaitant exercer son droit de consulter le dossier le concernant de celle d'un patient incarcéré. Ce dernier devrait être en droit d'accéder à son dossier, à l'exception des annotations personnelles et subjectives[1733] du médecin, qui relèvent de la sphère privée de ce dernier[1734] et des notes en rapport avec des tiers[1735]. S'il est privé de toute la maîtrise des informations médicales le concernant, le patient-détenu n'est pas en mesure de consentir valablement aux actes médicaux qui lui sont proposés, d'émettre son opinion sur les mesures prises à son égard et d'agir en conséquence.

Enfin, le troisième exemple se réfère aux situations de transmission du dossier nécessaire à la poursuite des soins. Il apparaît que certains praticiens font preuve ou émette des réticences - quand ils ne le refusent tout simplement pas - à transmettre leur dossier à leur confrère en cas de transfert dans un nouvel établissement (pénitentiaire ou hospitalier)[1736], quand bien même nous l'avons vu cette situation est prévue dans certaines législations. Ces réticences sont de toute évidence susceptibles de compromettre la continuité de la prise en charge et dès lors de léser les intérêts du patient-détenu.

Ces illustrations témoignent de l'ambivalence qui plane autour de l'opposition transparence *versus* confidentialité. Alors que le secret est avancé pour protéger la personne incarcérée de toutes curiosités malsaines, il demeure des pratiques courantes pour lesquelles aucune règle précise n'est établie et qui entretiennent la résolution de situations délicates de manière aléatoire, au cas par cas et parfois au détriment du principal intéressé. De toute évidence, ces pratiques sont susceptibles de porter plus gravement atteinte aux intérêts de celui dont on revendique pourtant dans un même temps la défense.

Plus généralement, les informations de nature médicale présentent la particularité qu'elles émanent de sources très différentes les unes des autres. Elle peuvent notamment être communiquées par le patient lui-même, mais aussi résulter des investigations du praticien

---

[1730] MANDOFIA BERNEY/UMMEL/MAURON (1995), pp. 354s; MANAÏ (2000), p. 347.

[1731] Cf. ATF 122 I 153, 162. Rappelons que les droits fondamentaux peuvent faire l'objet de restrictions pour autant que soient remplies de strictes conditions, déclinées à l'art. 36 Cst. et précisées par la jurisprudence.

[1732] PAGE (1987), p. 110 et références citées.

[1733] Sur la distinction entre notes personnelles et notes subjectives du praticien, cf. GUINCHARD (1997), pp. 1992s et références citées. Voir également PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES (2002), p. 13 et pp. 16s. Tel que le souligne justement DUCOR (2003), p. 85, « *une nuance s'impose (…) en psychiatrie, où la distinction entre observation et appréciation personnelle est parfois difficile, voire impossible* ». Dans le même sens, cf. BERNER (1995), p. 43 et FERRERO/BOVET (1995), pp. 388s.

[1734] MARTIN-ACHARD/THEVENOZ (1985), p. 252. Voir aussi HANHART (1995), pp. 10s pour lequel, un peu pompeusement, les notes personnelles du médecin « *ne protègent pas seulement [sa] sphère privée, mais constituent l'indispensable distance, ou recul nécessaire, qui permet au médecin d'évaluer une situation, de prendre conscience des divers éléments apportés par le patient, ainsi que des réactions induites dans sa propre personnalité* ».

[1735] MANAÏ (1999), p. 143.

[1736] ITEN/GRAVIER/ELGER (2003), p. 932.

traitant, voire également de confrères auxquels le patient a déjà eu affaire. Elles résultent aussi des examens entrepris et des analyses de laboratoire effectuées. Elles sont susceptibles en outre d'être fournies par les proches du patient, voire par des organismes auxquels il a recouru antérieurement, telle qu'une association d'aide aux toxicomanes. Dans le cadre de l'exécution de la sanction, elles peuvent également être transmises au personnel soignant par les autres intervenants qui en constatent l'existence dans l'exercice de leur fonction[1737]. Il s'avère dès lors très complexe pour le patient(-détenu) de saisir dans sa globalité le contenu de son dossier, la façon dont il est alimenté et la protection dont il bénéficie. Il devrait pourtant être renseigné sur sa teneur et ses finalités, ses destinataires potentiels et les droits qui lui sont conférés, notamment s'agissant de la portée de son consentement à la communication des informations qu'il renferme. Seules des mesures appropriées, qui circonscrivent la configuration du dossier et précisent les droits du patient s'y rapportant pourraient à notre sens pallier à sa méconnaissance des informations médicales ainsi réunies à son sujet.

En définitive, les législations cantonales relatives au traitement des données médicales ne satisfont pas aux spécificités du milieu carcéral, à tout le moins ne sont pas respectées comme elles le devraient. A l'instar de la solution préconisée pour les dossiers administratif et individuel du détenu, nous pensons qu'une réglementation claire, qui encadre les agissements des professionnels de la santé en la matière, serait le meilleur moyen de déjouer les pratiques arbitraires et de respecter les droits du patient-détenu à l'endroit des informations médicales le concernant. Elle devrait en particulier spécifier le contenu minimal obligatoire du dossier médical, ses finalités, ses modalités d'accès et de tenue (soit : sur support papier et/ou informatisé), ainsi que les mesures protectrices qui doivent l'entourer, qu'elles soient d'origine matérielle (obligation matérielle de sécurité des données, en particulier de celles traitées automatiquement), ou personnelle (obligation de respecter le secret)[1738].

Au-delà de ces considérations très juridico-juridiques, il apparaît que la demande du patient de consulter son dossier trahit le plus souvent une première brèche dans le rapport de confiance censé unir le praticien à son patient, que leur relation se noue en ou hors les murs[1739]. En effet, la communication bilatérale directe demeure la façon la plus simple, la plus efficace et la plus saine de se tenir mutuellement informé de (l'évolution de) la maladie. Sinon dans certains cas très spécifiques, il est rare que le patient ressente le besoin de dépouiller son dossier, dès lors qu'il est correctement informé. Par conséquent explique DUCOR, le médecin auquel est soumis une telle requête doit « *avant tout y reconnaître un signe clinique ; la relation thérapeutique est malade. (…) Le médecin ne doit alors pas se contenter d'ouvrir le dossier à son patient, il doit également tenter d'améliorer la communication. Il doit prescrire de la confiance, seul remède à une relation thérapeutique malade* »[1740]. Cette constatation vaut également à l'égard des autres intervenants pénitentiaires qui requièrent un droit d'accès aux informations contenues dans le dossier médical du détenu dont ils assument la prise en charge non médicale. Demandeurs, ils n'auraient pas à l'être, si était réglementé l'échange entre eux des informations susceptibles de les aider dans leur travail. A connotation plus concrète, ces remarques soulèvent un certain nombre d'enjeux, auxquels il est urgent d'apporter une réponse. Aussi pensons-nous qu'il

[1737] Typiquement, le personnel de surveillance. Sur ce point, cf. ITEN/GRAVIER/ELGER (2003), p. 931.
[1738] VACARIE (1990), p. 511.
[1739] Dans le même sens, MANAÏ (1999), p. 139. A ce propos, BERNER (1995), p. 41 souligne qu'il n'est pas rare que le praticien interprète la demande de consultation de son patient comme une première velléité de lui intenter un procès en responsabilité.
[1740] DUCOR (2003), p. 85.

serait plus adéquat de recourir à un fondement légal *sui generis* qui régisse aussi le dossier médical du patient-détenu, ainsi que les droits et les obligations qui lui sont rattachés, tant en ce qui concerne le praticien que le malade incarcéré et les autres intervenants impliqués dans son encadrement.

2.4.5.3 Protection du dossier social

Il est d'usage pour les travailleurs sociaux pénitentiaires de tenir un dossier sur chaque détenu dont ils assument l'encadrement. Le dossier social comprend l'ensemble des informations concernant un détenu qui sont nécessaires au socio-éducateur pour remplir à satisfaction sa mission de (ré)insertion sociale. *Stricto sensu*, il est au même titre que le dossier individuel du détenu un document de nature administrative. En tant qu'il contient des données personnelles nominatives, il tombe également sous le coup de la législation cantonale sur la protection des données.

En l'absence de dispositions légales qui lui soient spécifiquement consacrées, nous avons interrogé les membres du personnel socio-éducatif sur leur pratique en la matière. Il en découle que le contenu du dossier diffère finalement peu d'un collaborateur à l'autre, sinon dans le volume des informations récoltées. Il apparaît que la majorité des données sont généralement recueillies dans le cadre du premier entretien, auxquelles viennent s'en ajouter de nouvelles au fil des rencontres. En procédant par recoupement, on peut dire d'un "dossier social type" qu'il est susceptible de réunir les données suivantes : les caractéristiques socio-démographiques du détenu (état civil, nationalité, âge, connaissances linguistiques, confession, relations familiales, relations sociales, attaches en Suisse, etc.), éventuellement des informations relatives à son bagage scolaire et à son (ses) occupation(s) professionnelle(s) avant la détention, le cas échéant son parcours carcéral antérieur (détention préventive et exécution de peine), une appréciation de sa situation financière (état des dettes, plan de désendettement, réparation du tort causé à la victime, etc.), un aperçu, selon les dires du détenu, de son état de santé physique et psychique, la mention de ses éventuels problèmes de dépendance, de ses affinités sportives et culturelles et de son opinion sur la peine infligée et son incarcération, ainsi que l'indication éventuelle de ses projets d'avenir. Toutes ces informations sont recueillies auprès du détenu lui-même et permettent en partie d'apprécier comment il se situe par rapport à ces différentes rubriques. Le dossier peut être complété de données contenues dans le dossier individuel du détenu, auquel les travailleurs sociaux ont généralement accès, et d'autres éléments « externes », par exemple une lettre d'un proche adressé au socio-éducateur ou la correspondance qu'il a échangée avec une autorité (par exemple, de tutelle). Ces données peuvent également être revues et corrigées en fonction de l'évolution du condamné. C'est sur cet ensemble d'informations que les socio-éducateurs fondent leur travail d'accompagnement auprès du détenu et projettent, de concert avec lui, sa préparation à la sortie. Il s'y ajoute des annotations ponctuelles concernant les démarches concrètes effectuées par/avec le travailleur social dans le cadre de cette préparation et les notes personnelles de ce dernier.

On l'a dit, aucune disposition légale ou réglementaire spécifique ne précise la teneur de ce dossier, ni les conditions particulières que pourrait avoir à respecter le personnel socio-éducatif s'agissant notamment de sa tenue, de sa conservation, de sa consultation par le détenu et de son éventuel accès à des tiers (par exemple, les autres intervenants internes à l'institution, un travailleur social du nouvel établissement en cas de transfert ou un

collaborateur du service de probation auquel revient la tâche de suivre le détenu durant sa libération conditionnelle). Seules des instructions internes le concernant sont prévues dans certains établissements dont la direction a pris l'initiative de préciser quelle doit être la pratique en la matière. Dans certaines institutions au contraire, il n'existe aucune ligne directrice à ce propos, ce qui favorise les pratiques les plus hétéroclites. Nous pensons dès lors qu'il devrait également être légiféré en ce domaine. En particulier, les questions liées à la teneur, à l'accès et à l'archivage de ces dossiers devraient être précisément réglementées, comme le sont (en partie) dans certains cantons les dossiers réunis par les agents de probation[1741]. Le droit du détenu d'accéder à son dossier social devrait lui être reconnu, ne serait-ce que pour maintenir une certaine confiance en la relation qui le lie au travailleur social. Les dossiers sociaux ne contiennent toutefois pas seulement des informations consacrées au seul détenu, mais également des données relatives à des tierces personnes, notamment ses proches. Il peut s'avérer particulièrement difficile d'isoler les unes des autres, aussi des dispositions spécifiques devraient imposer aux travailleurs sociaux de recourir au caviardage des passages indiquant nommément des tiers. Dans le même sens, il devrait leur incomber de veiller systématiquement à soustraire de leur dossier des évaluations personnelles et autres jugements subjectifs auxquels le détenu, comme d'ailleurs toute autre personne, ne devraient pas pouvoir accéder.

2.4.6 Synthèse

Tout au long de ce chapitre, nous nous sommes attachée à démontrer qu'il existe une grande diversité de (non) solutions retenues par les cantons dans le domaine de la protection des données "incarcérées". Il ressort en outre de nos entretiens une très grande disparité dans les pratiques, certaines au mépris des principes directeurs régissant la protection des données. En conclusion, il apparaît que l'application stricte des normes relatives à la protection des données - comme nous l'avons constaté d'ailleurs pour celles consacrées au secret - s'avère aléatoire en milieu carcéral. L'ignorance des intervenants relativement à ce sujet conduit semble-t-il à des pratiques parallèles, certaines éventuellement constitutives d'atteinte illicite à la personnalité, dans la mesure où les principes relatifs au traitement des données ne sont pas respectés.

Par ailleurs, alors que les nouvelles technologies de l'information revêtent une importance exponentielle au sein de notre société et que l'appareil pénitentiaire se dote de logiciels de traitement automatisé des données nominatives concernant les détenus, rares sont les dispositions particulières qui sont édictées en la matière. L'informatisation des données complique pourtant sans conteste la protection qui leur est octroyée et modifie radicalement le rapport des professionnels à leurs dossiers[1742]. Si elle favorise une plus grande circulation des informations et incite à une gestion des dossiers plus performante, elle facilite simultanément les indiscrétions et les intrusions dans la sphère privée des particuliers[1743]. Ce constat

[1741] Cf. par exemple l'art. 12 du Regolamento sul patronato nel Cantone Ticino du 20 novembre 1991 (RST 4.2.1.1.6). .

[1742] LOB-IZRAELSKI (2001), p. 42. Pour des exemples de difficultés que posent les différents moyens de communication par l'Internet aux personnes détentrices d'un secret professionnel, en particulier ici les avocats, cf. notamment BÉNÉDICT (1998).

[1743] Sur les avantages et les inconvénients du traitement électronique des données, médicales en particulier, cf. HANHART (1995), pp. 9s; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES (2002), pp. 36s et BRUNNER N. (2004), s'agissant plus spécifiquement de la facturation par voie électronique des prestations médicales.

équivoque se pose à l'égard du traitement informatisé de toutes les données personnelles, mais avec plus d'acuité encore s'agissant des données qualifiées de sensibles. C'est la raison pour laquelle le texte de référence en la matière[1744] recommande le recours à des mesures appropriées pour en assurer la sauvegarde[1745]. L'informatisation des données médicales, en particulier, implique donc que soient respectés tous les principes régissant la tenue du dossier papier, auxquels viennent s'ajouter des mesures protectrices spécifiques supplémentaires[1746]. Force est de constater toutefois que ces mesures s'avèrent souvent inadéquates, voire inexistantes, s'agissant du traitement informatique des données recueillies par les autorités et les intervenants pénitentiaires au sujet des personnes incarcérées dont ils assument la prise en charge[1747].

Plus généralement, toute personne amenée à traiter des données personnelles sur autrui dans l'exercice d'une tâche de droit public est tenue de garder la trace de cette activité, indépendamment de l'existence ou non de prescriptions précises à ce sujet. Chaque intervenant pénitentiaire se devrait dès lors de réfléchir à la question de la tenue des dossiers constitués et à la destination des données nominatives recueillies et conservées sur support papier ou informatique. Il apparaît cependant que la profusion de normes en la matière, non coordonnées les unes par rapport aux autres, soit les en détourne, soit les laisse dans la perplexité. Nous pensons dès lors qu'il s'avère essentiel de régler la question au niveau législatif, par un système autonome de protection des données traitées dans le cadre de l'exécution des sanctions privatives de liberté. Eu égard aux enjeux qui en découlent et en l'absence d'une législation fédérale sur l'exécution des peines, nous sommes d'avis qu'il serait judicieux de préciser la protection dont devraient bénéficier ces informations à l'échelon cantonal. Le recours à l'option préconisée en la matière pour les fichiers constitués par les organes de la police pourrait ici s'avérer une source d'inspiration pertinente.

[1744] Cf. art. 6 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Voir également le manuel publié par le CONSEIL DE L'EUROPE (1998). Elaboré par son Comité d'experts sur l'informatique juridique, ce manuel contient un ensemble de lignes directrices relatives à la planification, à la mise en œuvre et à la protection de systèmes informatiques dans l'administration pénitentiaire.

[1745] Telles que le cryptage, pour éviter le piratage informatique ou l'anonymisation des données. Ces mesures sont notamment détaillées dans deux recommandations ultérieures : la Recommandation n° R(81)1 à la réglementation applicable aux banques de données médicales automatisées, adoptée par le Comité des Ministres le 23 janvier 1981, lors de la 328e réunion des Délégués des Ministres et la Recommandation n° R(83)10 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de recherche scientifique et de statistiques, adoptée par le Comité des Ministres le 23 septembre 1983, lors de la 362e réunion des Délégués des Ministres. La statistique médicale revêt une importance considérable tant au niveau épidémiologique, que pour apprécier la qualité des soins prodigués dans un Etat et favoriser une maîtrise concertée des coûts de la santé. A ce propos, lire le dossier constitué in : Courrier médical fribourgeois 2/1997, pp. 4-9. Cf. également les mesures prévues aux art. 8 à 11, 20 et 21 OLPD et le Guide relatif aux mesures techniques et organisationnelles de la protection des données du Préposé fédéral, disponible sur son site officiel : http://www.edsb.ch/f/aktuell/index.htm, rubriques : Publications/Guides. Ce guide toutefois a été élaboré en 1994 et mériterait d'être mis à jour. Il convient de relever dans ce cadre que si la Loi fédérale sur la statistique fédérale du 9 octobre 1992 (LSF ; RS 431.01) et ses ordonnances d'application imposent aux personnes et institutions détentrices d'informations médicales de répondre aux relevés effectués, les données transmises le sont de façon anonyme. Tel n'est pas le cas en revanche de l'art. 321bis CP, qui prévoit la levée du secret professionnel à des fins de recherche médicale « *si une commission d'experts en donne l'autorisation et si l'intéressé, après avoir été informé de ses droits, n'a pas expressément refusé son consentement* ». Les données ici utilisées ne sont pas anonymisées.

[1746] LOVIS/GEISSBÜHLER (2003), p. 77 et pp. 81s. Pour un exemple concret d'informatisation des dossiers médicaux et des mesures protectrices particulières y relatives, lire GUILLOD J. (1997).

[1747] Pour une palette non exhaustive des domaines relevant de l'administration pénitentiaire qui seraient susceptibles d'être informatisés, cf. DAGA (1986), pp. 13-21.

A l'instar des autorités policières en effet, les autorités d'exécution des peines privatives de liberté sont quotidiennement amenées à traiter des données nominatives relatives à une catégorie des personnes sur lesquelles est exercée la puissance publique. Si le régime de traitement des dossiers de police[1748] diffère de celui des autres données personnelles, c'est aussi en raison du fait que les informations qu'ils contiennent ne sont pas toujours accessibles aux personnes qui les concernent, notamment si elles font l'objet d'une enquête préliminaire[1749]. Plusieurs cantons ont dès lors procédé, par la voie législative, à la réglementation de la protection des données traitées par les organes de police dans le cadre de leurs activités[1750]. D'autres ont préféré consacrer des dispositions spécifiques aux fichiers de police, soit dans leur loi cantonale sur la police[1751], soit directement dans leur loi sur la protection des données[1752]. Il serait dès lors tout à fait concevable d'élaborer selon l'une ou l'autre alternative une série de dispositions spécifiquement dédiées à la protection des données concernant les personnes incarcérées. Cette réglementation devrait à notre sens ne concerner que les personnes en exécution d'une sanction privative de liberté et ne pas englober celles incarcérées à titre préventif ; quand bien même le premier statut est susceptible de succéder à l'autre et que tous deux impliquent nécessairement une privation de liberté dont découle un rapport particulier à l'autorité. En effet, en raison des différences essentielles qu'ils supposent, il convient de distinguer scrupuleusement ces deux régimes, tant sur le plan formel que matériel. Par ailleurs, il nous paraît essentiel de ne pas procéder à de distinctions quant au traitement des différentes catégories de données, s'agissant en particulier de leur accès. La tentation est grande en effet de prévoir une réglementation spécifique pour chaque type de donnée. Le classement typologique qui en résulterait risquerait toutefois d'enfermer dans un canevas trop rigide des informations au demeurant de nature souvent hybride et de toute manière toujours qualifiées de « sensibles » au sens de la LPD. Les mêmes règles devraient dès lors être applicables à toutes les données personnelles qui sont traitées, quelle que soit leur nature. Il serait crucial en revanche de spécifier les mesures indispensables pour garantir le traitement informatique adéquat desdites données, en raison des connaissances techniques qu'il présume.

En droit positif suisse, nous le répétons, la solution est à ce stade encore à trouver du côté d'une réglementation cantonale, puisque l'exécution des sanctions privatives de liberté

[1748] A ce propos, il est intéressant de relever que la Recommandation n° R(2001)10 sur le Code européen d'éthique de la police adoptée par le Comité des Ministres le 19 septembre 2001, lors de la 765e réunion des Délégués des Ministres, consacre également expressément une règle de conduite relative au traitement des données personnelles par la police. Cf. Par. 42 dudit code.

[1749] KNAPP (1987), p. 595.

[1750] Ainsi le canton du *Tessin*, avec la Legge sulla protezione dei dati personali elaborati dalla polizia cantonale e dalle polizie comunali du 13 décembre 1999 (RST 1.6.1.2) et le canton de *Genève*, avec la Loi sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance des certificats de bonne vie et moeurs du 29 septembre 1977 (RSG F 1 25) et son règlement d'application (RSG F 1 25.01). Dans le canton du *Valais*, l'article 3 al. 2 de la Loi concernant la protection des données à caractère personnel renvoie, pour le traitement des données nominatives par la police, à la loi concernant les dossiers de police judiciaire du 28 juin 1984 (RSVS 312.1) et son règlement d'exécution du 26 février 1986 (RSVS 312.100).

[1751] Ainsi le droit d'accès aux informations contenues dans les fichiers de police est régi dans le canton de *Fribourg* aux art. 38*a* à 38*g* de la Loi sur la police cantonale du 15 novembre 1990 (RSF 551.1).

[1752] Tel est le cas du canton du *Jura*. Le traitement des données de police est précisé aux articles 55 à 58 de la Loi sur la protection des données à caractère personnel du 15 mai 1986 (RSJU 170.41). Cette loi prévoit une procédure de communication des données à caractère personnel contenues dans les fichiers de la police distincte selon que qu'elles sont requises par l'intéressé (art. 56) ou par un tiers (art. 57). Par ailleurs, la section 3 (art. 21 à 25) de la Loi *neuchâteloise* sur la protection de la personnalité du 14 décembre 1982 (RSN 150.30) s'applique exclusivement aux données de police.

demeure à l'heure actuelle du ressort des cantons. Il appartiendrait dès lors aux législateurs cantonaux de réfléchir à un cadre légal spécifiquement consacré à l'obligation des professionnels pénitentiaires de consigner dans un dossier les données personnelles recueillies sur les détenus. Corollaire de cette obligation, le droit pour les personnes incarcérées de consulter les informations les concernant devrait être précisé. Cette réglementation n'aurait de fondement en effet que s'il y a réciprocité. Dès lors, si tous les collaborateurs de l'établissement amenés à traiter des données personnelles sur les détenus devraient être assujettis à l'obligation de les consigner dans un dossier, inversement, toutes les personnes en exécution de peine privative de liberté devraient être informées des données les concernant qui sont consignées dans les écrits des différents intervenants et, le cas échéant, savoir à quels tiers elles sont susceptibles d'être transmises. Quand bien même cette réglementation ne répondrait pas au niveau normatif que nous ambitionnons de privilégier[1753], elle aurait le mérite de clarifier les contours du traitement des données "incarcérées", tant pour les professionnels de l'exécution des sanctions, que pour les condamnés à une peine privative de liberté.

En conclusion, la situation actuelle de la protection des données en milieu carcéral révèle avec une acuité particulière l'absence de lobbying influent en faveur de la promotion du droit en milieu carcéral et dès lors le manque d'intérêt des instances législatives helvétiques pour des problématiques en lien avec l'exécution proprement dite des peines privatives de liberté. Elle souligne également, nous l'avons vu, l'embarras des intervenants sur le sujet et, par répercussion, celui des détenus. En effet, alors que les droits les plus élémentaires en la matière ne sont pas respectés, aucune décision n'a à notre connaissance été encore rendue en rapport avec l'inobservation en prison des obligations résultant des législations cantonales en la matière.

2.4.7 Protection des données et transparence de l'administration

Il se pose la question de savoir comment le droit de la protection des données peut s'articuler avec le principe de transparence de l'administration et son corollaire, le droit des particuliers à l'information. Le principe de transparence appliqué dans une administration tempère en effet le caractère secret des données personnelles qu'elle détient, en ce sens que ces informations peuvent tout de même faire l'objet d'une communication dans certaines situations spécifiques et à l'issue d'une pesée des intérêts en présence. C'est par conséquent dans chaque cas particulier que doit être déterminé « *le juste niveau d'équilibre entre le communicable et le secret, du double point de vue de la définition du principe d'accès et des exceptions à la mise en œuvre et aux garanties d'exercice du droit d'accès* »[1754].

Au niveau fédéral et selon toute vraisemblance, la Loi fédérale sur la transparence entrera bientôt en vigueur. Tant la modification de l'article 19 LPD consécutive à son entrée en vigueur que la réunion en une seule autorité de certains organes impliqués dans la concrétisation du principe de transparence et de ceux chargés de la protection des données

[1753] Nous pensons en effet que la protection des données "incarcérées", à l'instar de l'option préconisée par la République fédérale d'Allemagne (cf. Section V, Titre V, *Datenschutz*, de la Strafvollzugesetz), devrait faire l'objet d'une réglementation *sui generis* dans une loi fédérale régissant l'exécution des sanctions privatives de liberté.
[1754] MAHON (2002), p. 37.

confirment cette idée de recherche d'un équilibre entre ce qui pourra être dévoilé et ce qui devra demeurer secret.

L'article 19 al. 1bis nouveau LPD prévoit expressément le règlement des conflits qui seront susceptibles de se présenter lorsqu'il s'agira de déterminer lequel du droit à l'information ou à la protection des données personnelles devra l'emporter. Cette disposition est une « *norme de coordination prévoyant l'octroi de l'accès à des documents contenant des données personnelles* »[1755] ; la base légale nécessaire à laquelle renvoie l'article 9 al. 2 LTrans. Pour autant que certaines conditions soient remplies, elle octroiera la possibilité pour les particuliers d'accéder à des données personnelles qui seraient normalement inaccessibles en vertu de la législation sur la protection des données. Dans le même esprit, le nouvel alinéa 3bis de l'article 19 est la base légale sur laquelle se fonderont les autorités fédérales pour diffuser sur l'Internet, à des fins d'informations, des données personnelles. Dans l'une et l'autre situation, les données nominatives susceptibles d'être révélées devront être déterminées dans le cas concret et à l'issue d'un examen rigoureux des intérêts en présence.

La LTrans prévoit de confier à une seule personne les fonctions de préposé à la transparence et celles de préposé à la protection des données. Saisi par un particulier dont la demande d'accès aura par exemple été refusée, limitée ou différée, le *Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence* jouera le rôle d'organe de médiation. Il aura à tenter de concilier l'autorité compétente et le demandeur pour qu'ils aboutissent à un accord concernant l'issue à donner à la requête de ce dernier[1756]. Si la médiation n'aboutit pas, le préposé formulera une recommandation dans le sens de l'octroi ou, au contraire, du refus total ou partiel de l'accès. A défaut d'un pouvoir décisionnel, le préposé disposera ici d'un certain pouvoir d'appréciation. C'est précisément au moment de rédiger sa recommandation qu'il procèdera à la pesée des intérêts en présence dans le but d'atteindre le juste niveau d'équilibre évoqué plus haut. La recommandation du préposé n'aura toutefois pas force obligatoire ; seule l'autorité sera en mesure de rendre une décision, qui pourra faire l'objet d'un recours selon l'article 16 LTrans[1757]. Outre sa principale tâche de médiation, le Préposé à la protection des données et à la transparence assumera des fonctions d'organe de conseil auquel pourront s'adresser les autorités et les particuliers confrontés à un problème lié à l'accès aux documents officiels. Il devra également favoriser la mise en œuvre et l'exécution du principe de transparence, par exemple en informant le public et les différentes autorités des modalités d'accès aux documents[1758], et ponctuellement évaluer l'application et l'efficacité de la loi pour en faire rapport au Conseil fédéral[1759]. Il demeurera en outre obligé d'accomplir les tâches qui lui incombent en matière de protection des données, assurant de la sorte la coordination entre les deux législations.

L'autorité de recours instituée par la LTrans assurera simultanément la concrétisation du droit à l'information et à la protection des données. Avec l'entrée en vigueur de la loi, l'ancienne Commission fédérale de la protection des données deviendra la *Commission fédérale de la protection des données et de la transparence*, compétente pour statuer sur des recours formés au titre de l'une ou de l'autre loi[1760].

[1755] FF 2003 1807, 1873.
[1756] Art. 13 LTrans.
[1757] Art. 15 LTrans
[1758] Art. 18 LTrans.
[1759] Art. 19 LTrans.
[1760] La procédure de recours devant la Commission est réglée à l'art. 16 LTrans, qui renvoie à l'art. 33 LPD.

A l'échelon cantonal, les cantons ont envisagé de diverses manières les possibilités de coordonner leur loi sur la transparence avec leur loi sur la protection des données. Ainsi par exemple, le canton du *Jura* prévoit-il une seule autorité de recours en matière de transparence et de protection des données[1761]. Le canton du *Valais* a opté pour une règle de conflit aux termes de laquelle le document contenant des données personnelles et dont l'accès n'est pas autorisé par la législation cantonale relative à la protection des données demeurera inaccessible, à moins que la communication soit justifiée par un intérêt public prépondérant[1762]. Quant au canton de *Neuchâtel*, il a élaboré sa loi sur l'information en parallèle à celle traitant de la protection des données, « *de manière à ce que soit assurée entre elles une cohérence* »[1763]. Dans cette optique, un préposé cantonal à la gestion de l'information accomplira les tâches requises par ces deux lois[1764]. Plus pragmatique, le canton de *Soleure* a opté pour une seule et unique loi sur la protection des données et le droit d'accès aux documents[1765].

De fait, il s'avère tout à fait concevable de concilier le principe de transparence et la protection des données personnelles[1766]. Bien que poursuivant des buts opposés, ces deux principes ne sont pas pour autant antagonistes. Au contraire, ils « *constituent les deux éléments de l'équilibre à trouver entre le droit du public à l'information et le droit des particuliers à la protection de la sphère privée, entre la publicité et le secret, équilibre qui est nécessaire dans toute société à la fois libérale et démocratique* »[1767].

2.5 Conclusion liminaire

A l'issue de ce chapitre, nous constatons qu'en parallèle au cortège de dispositions destinées à protéger des intérêts privés et/ou publics prépondérants par l'imposition du silence, un ensemble de règles, notamment celles conférant des droits subjectifs aux intéressés, a progressivement été édicté pour précisément le percer. Ainsi le secret de fonction est-il désormais nuancé par le principe de transparence et le droit des particuliers à l'information qui en découle. Dans un même ordre d'idées, le secret médical, longtemps l'apanage du paternalisme médical, est de plus en plus reconnu comme l'ultime prérogative de son maître, le patient. Enfin, le secret des documents a aussi fait l'objet d'un remaniement, puisqu'il est désormais reconnu un droit pour toute personne d'accéder aux données la concernant, qu'elles soient détenues par une autorité publique, une autorité privée, ou un particulier.

Les règles consacrées au secret de fonction, au secret médical et à la protection des données demeurent en droit positif suisse relativement difficile d'accès. Les développements qui précèdent attestent de la complexité du sujet. Par exemple, les fondements juridiques du secret

---

[1761] Art. 21 de la Loi jurassienne sur l'information et l'accès aux documents officiels.
[1762] Art. 23 al. 3 lit. a de l'Avant-projet de Loi valaisanne sur l'information du public et l'accès aux documents.
[1763] CHANCELLERIE D'ETAT DU CANTON DE NEUCHÂTEL, *Communiqué de presse* du 20 décembre 2004.
[1764] Art. 35ss du projet de loi sur la transparence des activités étatiques.
[1765] Informations- und Datenschutzgesetz du 21 février 2001 (RSS 114.1) et son règlement y afférent du 10 décembre 2001 (RSS 114.2). La province du Québec a également opté pour cette solution. Sa *loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* du 22 juin 1982 réunit en effet sous un seul toit les règles régissant le principe de transparence et celles concernant la protection des données.
[1766] Et ce, quand bien même le droit à la protection des données relevant de la sphère privée est érigé dans la Constitution, alors que tel n'est pas le cas du droit à la transparence.
[1767] MAHON (2002), p. 37. Dans le même sens, FLÜCKIGER (2002), p. 144.

auquel sont tenus l'agent public et les professionnels de la santé relèvent tant du droit fédéral que du droit cantonal, comme du droit de fond et du droit de forme. Par ailleurs, ces obligations souffrent de dérogations, lesquelles peuvent être selon les cas impératives ou seulement facultatives. Il n'est donc pas aisé de s'y retrouver dans cette pléthore de règles aux formules parfois si elliptiques qu'elles sont sujettes à des interprétations fort divergentes. Dans ces conditions, il est rare que ces normes soient comprises des intervenants pénitentiaires; pour autant déjà qu'ils les connaissent.

En conséquence, la question se pose de savoir s'il serait opportun d'harmoniser pour les professionnels de l'exécution des sanctions l'ensemble des normes consacrées à leurs obligations de confidentialité, dans un souci de simplification et de clarification. Nous tenterons d'y répondre partiellement, s'agissant précisément des obligations de secret médical et/ou de secret de fonction auxquels ils sont tenus. Auparavant toutefois, il convient de s'attarder sur la pratique médicale exercée en milieu carcéral. En raison de la confidentialité qui l'entoure et la sculpte, elle est en effet un puissant révélateur des enjeux qui découlent de la problématique de la coexistence des secrets en prison.

3 UNE PRATIQUE FAÇONNEE PAR LE SECRET : LA MEDECINE PENITENTIAIRE

3.1 Introduction

Eu égard à la place réservée à l'examen du secret médical dans notre travail, nous estimons absolument essentiel de nous attarder sur l'exercice de la profession médicale en milieu carcéral. Elle est en effet ***la*** pratique institutionnelle par excellence qui permet de révéler toute la complexité du dédale que représente le respect d'une obligation de confidentialité en ce lieu particulier.

Nous exposerons les fondements de la médecine pénitentiaire et les principes sur lesquels elle repose avant d'analyser son déploiement au sein de l'institution carcérale. A cette occasion, nous étudierons plus en profondeur le statut du patient-détenu, la relation qui le lie à son médecin et les obstacles auxquels tous deux doivent faire face pour permettre à leurs rapports "incarcérés" d'évoluer. Pour les raisons évoquées plus haut, nous rappelons ici que nous ne traiterons que de la médecine somatique et qu'il ne sera fait allusion à la pratique psychiatrique qu'incidemment.

3.2 Fondements de la médecine pénitentiaire

La médecine pénitentiaire fut longtemps considérée comme hybride, « *située dans un no-man's land entre deux systèmes sociaux majeurs, celui de la santé et celui de la justice criminelle*, [et] *s'est souvent développée comme une discipline marginale et mal définie* »[1768]. Elle repose néanmoins désormais sur un certain nombre de principes généraux, élaborés en fonction des spécificités du milieu d'exercice. Nous examinerons succinctement leur teneur à la lumière des textes qui les consacrent, qu'ils soient supranationaux ou déontologiques.

3.2.1 Sources

La médecine s'attache à la préservation et à la conservation de la santé. Pour l'OMS, la santé est « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* »[1769]. La Charte d'Ottawa, adoptée le 21 novembre 1986 par la Conférence internationale pour la promotion de la santé, étend cette notion aux aspirations de l'individu, lequel « *doit pouvoir identifier et réaliser ses ambitions, satisfaire ses besoins et évoluer avec son milieu ou s'y adapter* »[1770].

[1768] VONLANTHEN ROTH (1997), p. 10; HARDING (1997*a*), p. 161.
[1769] Cf. Préambule de la Constitution de l'OMS, adoptée par la Conférence internationale de la Santé et entrée en vigueur le 7 avril 1948. Sur cette définition, cf. MANCIAUX (1999), pp. 170s; EVIN (1999).
[1770] Pour de plus amples développements sur la notion de « *santé* », cf. HOERNI (2000), pp. 16s.

Plusieurs législations cantonales sanitaires définissent également la notion de santé. Dans la Loi *jurassienne* sur la santé, « *elle consiste en un état de bien-être physique, mental et social [et] relève des droits de la personne* »[1771]. Pour la Loi *fribourgeoise* sur la santé, elle est un « *état de bien-être physique, psychique et social qui ne s'apprécie pas uniquement en fonction de la maladie et du handicap, [dès lors] un bien fondamental qui doit être protégé* »[1772]. Enfin, les législations sanitaires *neuchâteloise* et *valaisanne* s'entendent pour dire qu'elle est « *un état de bien-être physique et psychique* » qui permet « *l'épanouissement de chaque individu au sein de la collectivité* » [1773].

En raison des nouvelles sciences et technologies médicales, de l'évolution préoccupante de certaines maladies et de la reconnaissance d'un véritable statut de patient actif, autonome[1774] et pleinement responsable de sa prise en charge, des textes régionaux et internationaux[1775] ont été adoptés dès le milieu du XX^{e} siècle[1776]. Ils reconnaissent expressément le droit à la protection de la santé qu'ils renforcent d'un catalogue de droits des patients[1777]. La plupart prévoient un standard minimum de protection auquel la Suisse s'est ralliée et qu'elle a depuis lors souvent dépassé[1778]. Ces droits sont donc désormais ancrés dans la majorité des législations cantonales[1779] et expressément reconnus dans certaines lois fédérales[1780]. Privé

[1771] Art. 1er al. 2 de la Loi sanitaire jurassienne.

[1772] Art. 2 al. 1er de la Loi sur la santé fribourgeoise.

[1773] Art. 2 de la Loi de santé *neuchâteloise* et art. 2 de la Loi sur la santé *valaisanne*.

[1774] Au paternalisme médical et au cortège d'exceptions (ou privilèges) thérapeutiques qu'il suppose, s'est progressivement substitué le principe d'autonomie, qui postule la libre détermination du patient et place le soignant en position de partenaire. Ainsi, chaque patient capable de discernement a notamment le droit d'accepter ou de refuser librement l'acte médical, pour autant qu'il ait été informé, qu'il ait compris cette information et qu'il ne fasse l'objet d'aucune contrainte. Sa décision est alors dite « *libre et éclairée* ». Sur cette évolution et la reconnaissance de la notion d'autonomie du patient, cf. HARDING (1998), pp. 73s et (2003), pp. 16-20; RAMEIX (1998); MAURON (2003), pp. 361-364.

[1775] Par exemple, la Déclaration de l'OMS sur la promotion des droits des patients en Europe, adoptée à Amsterdam le 30 mars 1994, et la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997 (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, STE n°164). Sur la Déclaration d'Amsterdam, cf. PINET (1997), pp. 28s et FALLBERG (2003).

[1776] MANAÏ (2004*a*), pp. 99s fait remonter le « *mouvement d'affirmation des droits du patient* » dans les années septante, lesquelles ont notamment, dans le cadre de la prévention des maladies, « *posé un conflit d'intérêts entre les exigences inhérentes à la santé privée (la confidentialité) et celles relatives à la santé publique (le besoin de savoir)* ». Sur la reconnaissance et la promotion des droits des patients en Europe, cf. notamment SCICLUNA (1997).

[1777] Pour CLEMENT/HÄNNI/SPRUMONT (2003), p. 52, les droits des patients « *peuvent se définir comme l'ensemble des droits visant la protection de la personnalité des patients dans leurs rapports avec les professionnels des soins et les institutions de la santé* », tels que le droit d'accès aux soins, le droit au libre choix, le droit à l'information, le droit de consentir aux soins, le droit au respect de sa sphère privée, le droit à la protection de ses données personnelles médicales ou encore le droit de décider du sort de sa dépouille.

[1778] Sur cette fulgurante évolution de la situation juridique suisse en la matière, cf. GUILLOD O. (2003).

[1779] Par exemple, les art. 20ss de la Loi *vaudoise* sur la santé publique du 29 mai 1985, la Loi *genevoise* concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987, les art. 21ss de la Loi de santé *neuchâteloise* du 6 février 1995, les art. 16ss de la Loi *valaisanne* sur la santé publique du 9 février 1996 et les art. 41ss de la Loi *fribourgeoise* du 16 novembre 1999 sur la santé. Certains cantons diffusent en outre une information sur les droits des patients par le biais de documents accessibles au grand public et/ou destinés aux professionnels et institutions directement concernés. Voir par exemple les brochures publiées par le Service de la santé publique du canton de Vaud, disponibles sur le site www. sanimedia.ch/.

[1780] Voir par exemple l'art. 18 de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (LPMA ; RS 814.90). Pour un examen du contenu et de la porté de ces droits (et devoirs), tels que déclinés dans les instruments supranationaux et la législation fédérale et/ou cantonale, lire SPRUMONT (1998 ; 2000) et CLEMENT/HÄNNI/SPRUMONT (2003).

momentanément de sa liberté, le détenu ne saurait être dépossédé également des droits reconnus aux patients[1781]. Ceux-ci peuvent néanmoins faire l'objet de certaines restrictions[1782], notamment en ce qui concerne le droit au libre choix du médecin et du lieu d'hospitalisation.

Corollaires des droits des patients, les principes généraux applicables à l'exercice de la médecine revêtent également une importance accrue. S'agissant plus particulièrement de la prise en charge médicale en milieu carcéral, il existe aux côtés des droits fondamentaux « *classiques* » de tout citoyen, qui interdisent notamment la torture et les traitements inhumains et dégradants[1783], un nombre impressionnant de textes supranationaux qui régissent différents aspects de l'exercice de la médecine en détention et renforcent les droits reconnus aux patients-détenus[1784].

Au sortir de la seconde Guerre mondiale, l'Organisation des Nations Unies, tout d'abord, a élaboré l'*Ensemble de Règles minima pour le traitement des détenus*[1785] et successivement adopté deux Résolutions, respectivement en 1982 et 1988, déclinant pour la première les *Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*[1786] et la seconde, l'*Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*[1787]. En outre, le *Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, édicté par le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et plus communément dénommé *Protocole d'Istanbul*[1788], réunit des principes et directives à l'attention de ceux qui enquêtent sur les situations de torture et de mauvais traitements infligés notamment aux personnes privées de leur liberté.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, ensuite, a promulgué une série de recommandations à caractère certes non contraignant, mais dont s'inspire largement le législateur suisse. Ainsi en est-il notamment de la Résolution (73)5 *relative à l'ensemble des règles minima pour le traitement des détenus*, à laquelle s'est substituée la Recommandation R(87)3 *sur les règles pénitentiaires européennes*, actuellement en révision. S'y ajoutent la Recommandation n° R(93)6 *concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du*

[1781] Sur les fondements et la portée du droit à la santé et du droit aux soins des détenus, ainsi que la jurisprudence en la matière, cf. SPRUMONT (2002).

[1782] Ainsi en est-il de tous les autres droits fondamentaux susceptibles d'être affectés par une peine privative de liberté, dans la mesure où ces restrictions s'avèrent nécessaires aux impératifs pénitentiaires et respectent les conditions énumérées à l'art. 36 Cst. L'existence d'une base légale et d'un intérêt public prépondérant, le respect du principe de la proportionnalité et la non violation du « *noyau dur* » ou « *noyau intangible* » du droit en question sont les conditions qui doivent être remplies pour pouvoir y attenter.

[1783] Parmi lesquels l'art. 3 CEDH, l'art. 5 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, l'art. 7 du Pacte ONU II, l'art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 et l'art. 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984.

[1784] FIORIO (2002), pp. 47-54.

[1785] Adopté à Genève par le Premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en 1955, approuvé par le Conseil économique et social dans ses Résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977.

[1786] Résolution 37/194, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1982.

[1787] Résolution 43/173, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1988.

[1788] Disponible sous : http://www.unhchr.ch/pdf/8istprot_fre.pdf.

contrôle des maladies transmissibles et notamment du SIDA, et les problèmes connexes de santé en prison, la Recommandation n° R(97)5 *relative à la protection des données médicales* et la Recommandation n° R(98)7 *relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire*. L'Assemblée du Conseil de l'Europe a également émis la Recommandation 1235 (1994) *relative à la psychiatrie et aux droits de l'homme*.

Ces différents textes reprennent tous, en des termes relativement similaires, les principes essentiels qui gouvernent les soins prodigués aux personnes privées de leur liberté. Ils identifient également quelques situations spécifiques au milieu carcéral et un certain nombre de problèmes auxquels le personnel soignant pénitentiaire est susceptible d'être confronté. Ils expriment enfin la nécessité pour les établissements pénitentiaires de se doter de moyens suffisants en personnel et en équipements médicaux. A leur lecture, on constate que la promotion et la sauvegarde de la santé en prison est élevée au rang des priorités les plus essentielles à la protection des droits des détenus et, *in extenso*, au rang de véritable « *enjeu de santé publique* »[1789]. L'apparition du virus HIV[1790] et l'augmentation du nombre de toxicomanes et de personnes souffrant de troubles psychiques en prison ont également contribué à cette prise de conscience internationale[1791]. Leur mise en oeuvre reste cependant tributaire de la bonne volonté des Etats parties.

Instauré en 1989 en vertu de l'article premier de la Convention du même nom[1792], le Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) a pour vocation d'« *examiner le traitement des personnes privées de liberté en vue de renforcer, le cas échéant, leur protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants* »[1793]. Composé d'experts impartiaux et indépendants, il a depuis sa création effectué plus d'une centaine de visites de lieux de privation de liberté dans les Etats membres du Conseil de l'Europe[1794]. Il en est résulté un corpus de lignes directrices sur le traitement des personnes incarcérées, notamment sur les modalités de soins qui doivent leur être prodigués. En particulier, les sept principes édictés par le CPT rassemblent à eux seuls l'ensemble des critères spécifiques sur lesquels devrait reposer l'exercice de la médecine pénitentiaire.

[1789] LHUILIER (2000), p. 192.

[1790] Tel que le souligne notamment DARBEDA (1990), p. 827, l'apparition du sida en milieu carcéral a en effet véritablement révélé toute l'étendue des besoins médicaux de la population carcérale et l'ampleur des insuffisances des soins prodigués. Elle a de ce fait contraint les responsables politiques, en particulier ceux en charge des affaires pénitentiaires, respectivement, sanitaires, à mettre en oeuvre un certain nombre de stratégies préventives et d'actions curatives précisément destinées aux personnes incarcérées.

[1791] Pour un inventaire des principaux problèmes relatifs à la santé dans les prisons, recensés au début des années 1990 dans plus de trente Etats d'Europe occidentale et orientale ainsi qu'au Canada, et les réponses qui leur sont apportées, lire TOMASEVSKI (1992), laquelle plaide en faveur d'un Code supranational - à tout le moins, un Code européen - de la santé en prison, compilant l'ensemble des principes et des normes communes à tous les professionnels de la santé exerçant en détention.

[1792] Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987 (RS 0.106).

[1793] Pour plus de détails sur les travaux du CPT, voir ROUGET (1996); MORGAN (1996 ; 2001); MORGAN/EVANS (2001); MAYER (1995 ; 2002) ainsi que, plus particulièrement au regard des soins prodigués en détention, HARDING/BERTRAND (1995) et BERTRAND/UMMEL/HARDING (2002). Pour une analyse plus critique de son impact sur les politiques pénitentiaires des Etats parties à la Convention l'instituant, cf. BERNARD (2001).

[1794] Avec l'entrée en vigueur, le 1er mars 2002, du Protocole n°1 à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, les Etats non membres du Conseil de l'Europe peuvent désormais, sur invitation du Comité des Ministres, adhérer à ladite Convention et dès lors accepter de se soumettre aux visites impromptues du CPT.

3.2.2 Principes directeurs

3.2.2.1 Accès au médecin[1795]

Ce principe postule notamment que le détenu, à son entrée dans l'établissement, doit être vu dans les plus brefs délais par un soignant. Ce dernier doit dans ce cadre mettre l'accent sur « *le dépistage des troubles mentaux, l'adaptation psychologique à la prison, les symptômes de sevrage à l'égard des drogues, des médicaments ou de l'alcool et les affections contagieuses et chroniques* »[1796]. Le détenu doit en outre être informé du fonctionnement du service médical et recevoir d'office un certain nombre de renseignements relatifs aux questions de santé[1797]. Dans le cadre de l'exécution de sa peine en particulier, le détenu doit aussi être en mesure d'accéder aisément et rapidement aux soins de santé et de s'adresser en toute confidentialité aux services qui les prodiguent. Ces derniers doivent disposer de suffisamment de collaborateurs et de l'équipement nécessaire.

Si l'accès au personnel soignant est favorisé dans une majorité de nos établissements, plusieurs questions demeurent encore irrésolues s'agissant notamment de la confidentialité des demandes de consultation et de la célérité des soins prodigués aux détenus, en particulier dans les institutions qui ne disposent toujours pas d'une permanence médicale[1798].

3.2.2.2 Equivalence des soins[1799]

Qu'il s'agisse de médecine somatique, dentaire ou psychiatrique, les soins offerts au détenu doivent être, sinon identiques, à tout le moins comparables à ceux dont bénéficie la population en milieu libre[1800]. La dotation en locaux, en matériel et en personnel compétent doit en outre être suffisante. Un dossier médical doit également être établi pour chaque patient-détenu.

[1795] Par. 33-37 du 3e rapport général d'activités du CPT et par. 1-9 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Cf. également le principe 24 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement ainsi que la règle 29 de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes et le par. 29 de l'Exposé des motifs y relatif.

[1796] Par. 1 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

[1797] Par. 26-29 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

[1798] Sur les obstacles au droit des détenus d'accéder aux soins, lire MILLY (2003), dont nombre des observations sont transposables au contexte helvétique.

[1799] Par. 38-44 du 3e rapport général d'activités du CPT et par. 10-12 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Cf. également le par. 2 de la Prise de position 10/300 de l'AMM sur les conditions carcérales et la propagation de la tuberculose et autres maladies transmissibles, soumise en octobre 2000, et le principe premier de la Résolution 37/194 sur les Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1982. Cf. enfin la règle 5 des Directives de l'ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues.

[1800] La Cour européenne des droits de l'homme considère le fait de ne pas prodiguer des « *soins appropriés* » aux personnes privées de leur liberté comme contraire à l'art. 3 CEDH. Cf. par exemple l'Arrêt *Hurtado c. Suisse* du 28 janvier 1994, série A, n° 280-A. Dans cette affaire, qui se rapporte à une garde à vue, la Commission européenne des droits de l'homme est parvenue à la conclusion que l'absence de « *mesures d'hygiène les plus élémentaires* » revêtait « *un caractère humiliant et avilissant pour l'intéressé et donc dégradant au sens de l'article 3* », avant de poursuivre que « *les autorités de l'Etat doivent adopter des mesures visant à garantir l'intégrité physique de la personne qui se trouve sous la responsabilité des autorités policières, judiciaires ou*

A l'heure actuelle, il apparaît que la dotation en personnel et en matériel n'est pas dans tous les établissements adéquate. Les mesures curatives et prophylactiques dispensées demeurent en outre fonction des moyens attribués aux établissements. Ils ne sont dès lors pas toujours suffisants, en particulier dans les petits établissements. Enfin, nous avons vu qu'aucun dispositif clair n'encadre la tenue et le traitement du dossier médical.

3.2.2.3 Consentement du patient et confidentialité [1801]

Le consentement du patient-détenu et le respect de la confidentialité sont ici associés. Pour le CPT, « *la liberté du consentement comme le respect de la confidentialité relèvent des droits fondamentaux de l'individu. Ces conditions sont aussi à la base de la confiance qui est nécessaire dans la relation entre médecin et malade, spécialement en milieu de détention (…)*»[1802]. S'agissant du consentement, le détenu capable de discernement doit être libre d'accepter ou de refuser un traitement[1803] sur la base des informations que son médecin veillera à lui donner pour que sa décision soit éclairée. Le détenu est dès lors appelé à participer activement à sa prise en charge médicale et au processus décisionnel y relatif[1804]. Si le respect de la confidentialité est associé à celui du consentement, c'est que « *l'exercice du consentement libre et éclairé présuppose manifestement que la communication passe librement et en confiance dans les deux directions, ce qui implique symétriquement le respect de la confidentialité et de la véracité* »[1805]. Le CPT est d'avis que cette constatation est également valable en milieu carcéral. Il estime que le secret médical ne doit souffrir d'aucune dérogation en détention. En particulier, les consultations doivent se dérouler hors de la vue et de l'écoute de toute tierce personne et le dossier médical doit être conservé sous la responsabilité du soignant. Plus nuancées, les recommandations du Conseil de l'Europe admettent des exceptions aux principes du libre consentement et, *mutatis mutandis*, du secret professionnel, pour autant qu'elles satisfassent à l'exigence de l'existence d'une base légale[1806].

---

pénitentiaires. Une ***obligation positive*** [nous soulignons] *spécifique pèse sur l'Etat, aux termes de l'article 3 de la Convention, afin de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté. Le manque de* ***soins médicaux adéquats*** [nous soulignons] *dans une telle situation doit être qualifié de traitement inhumain* ». Cette affaire a abouti à un règlement à l'amiable, au terme duquel le Gouvernement suisse a versé une indémnité au requérant. Voir le texte de la résolution finale du Comité des Ministres du 21 septembre 1994 (ResDH(94)29).

[1801] Par. 45-51 du 3e rapport général d'activités du CPT et par. 13-18 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Voir également le par. 8 de l'Annexe à la Recommandation n° R(93)6 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison.

[1802] Par. 45 du 3e rapport général d'activités du CPT.

[1803] Dans le même sens, cf. l'art. 56*b* al. 1er de la Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (RSVD 800.01) : « *En cas de détention, les professionnels de la santé respectent la volonté du patient capable de discernement* ».

[1804] En ce sens également, cf. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2000), p. 11, qui relève toutefois les problèmes que peut poser le respect de ce principe dans le cadre de l'exercice de la psychiatrie, notamment en présence de patient-détenu incapable de discernement ou dans des situations d'urgence qui ne permettent pas au praticien de recueillir son consentement. Les règles relatives à l'intervention d'un tiers (proche, représentant thérapeutique ou représentant légal) dans la prise de décision médicale sont susceptibles alors de s'appliquer *mutatis mutandis* à ces situations.

[1805] MANDOFIA BERNEY/UMMEL/MAURON (1995), p. 346.

[1806] Cf. notamment le par. 16 de l'Annexe à la Recommandation n° R (98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, aux termes duquel « *Toute dérogation aux principes de la liberté de consentement du malade devrait être fondée sur la loi et être guidée par les principes qui s'appliquent à la population générale* ».

Nous constaterons néanmoins qu'en soi, la confidentialité ne peut être respectée de manière absolue en raison des impératifs du milieu. En outre, si elle a pour justification la protection des intérêts du patient et la pérennité de la confiance instaurée entre lui et son médecin, d'autres arguments, qualifiés de prépondérants, lui sont ponctuellement opposés.

3.2.2.4 Prévention sanitaire[1807]

Les services médicaux ont également pour tâche de contrôler et de promouvoir les conditions d'hygiène de l'établissement, d'informer la communauté pénitentiaire sur les risques et mesures de précaution relatives aux maladies transmissibles et de prévenir tout comportement violent. Le corps médical intervient en outre comme garant de l'intégrité des détenus et peut être appelé à agir de concert avec la direction pénitentiaire dans la prévention des suicides, par exemple.

Si des efforts considérables ont été consentis en matière de prévention sanitaire dans la plupart des établissements, le « *taux d'encadrement médical et infirmier* » demeure encore souvent insuffisant pour y répondre de manière tout à fait satisfaisante[1808]. Par ailleurs, la prévention des autoagressions demeure encore un sujet délicat parmi le personnel. Il semble en particulier qu'il n'y ait pas véritablement de consensus entre les différents intervenants sur l'étendue de leur obligation de prévention, perçue par certains comme une ingérence dans la vie privée des détenus.

3.2.2.5 Intervention humanitaire[1809]

Sous cette rubrique, le CPT identifie plusieurs « *catégories de détenus particulièrement vulnérables* », auxquelles les services médicaux doivent prêter une attention particulière. Il s'agit notamment des mères incarcérées avec leurs enfants, des adolescents et des « *personnalités pathologiques* ».

Plusieurs mesures ont déjà été prises dans les établissements qui abritent ces populations ; d'autres sont envisagées et restent encore à être mises en œuvre, en particulier dans le domaine de l'incarcération des mineurs délinquants[1810].

[1807] Par. 52-63 du 3e rapport général d'activités du CPT et par. 10 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.
[1808] ITEN/GRAVIER/ELGER (2003), p. 933.
[1809] Par. 64-70 du 3e rapport général d'activités du CPT.
[1810] A ce propos et dans le prolongement des travaux consacrés au Concordat sur l'exécution de la détention pénale des mineurs, un nouveau centre éducatif destiné aux adolescents âgés de quinze à dix-sept ans a été ouvert au mois de septembre 2005 à la Maison d'éducation au travail de Pramont, dans le canton du Valais. Pour plus de détails le concernant, cf. la présentation de C. VARONE, Directeur des Etablissements pénitentiaires valaisans, disponible sur le site officiel dudit canton : www.vs.ch/, rubriques : Actualités/Conférences de presse (date : 19 septembre 2005).

3.2.2.6 Indépendance professionnelle[1811]

Les décisions des soignants doivent être prises uniquement sur la base de critères médicaux et poursuivre exclusivement les besoins de santé des détenus. A l'exception des cas d'urgence, le médecin ne doit jamais être contraint de se prononcer en qualité d'expert. Les services médicaux ne doivent en outre pas dépendre de l'autorité pénitentiaire et leur évaluation doit s'effectuer par une instance médicale.

L'indépendance technique des praticiens est certes consacrée en théorie. Elle ne l'est toutefois pas encore dans la loi, puisque certains services médicaux on l'a vu demeurent rattachés au département en charge des affaires pénitentiaires. L'affectation des ressources financières au secteur médical ou la désignation du personnel soignant par l'autorité pénitentiaire sont susceptibles de conditionner cette autonomie. Plusieurs auteurs plaident donc encore en faveur de la stricte séparation des soignants pénitentiaires avec la hiérarchie de l'administration qui les héberge, et de leur rattachement formel au secteur sanitaire[1812]. Nous verrons en outre qu'il n'existe pas non plus forcément d'indépendance dans les faits. Par exemple, le médecin traitant pénitentiaire peut être appelé à certaines occasions à intervenir en qualité d'expert. Enfin, la liberté professionnelle des soignants est dans tous les cas restreinte par le fait qu'ils ne peuvent choisir leurs patients.

3.2.2.7 Compétence professionnelle[1813]

Le personnel soignant doit être qualifié et préparé aux spécificités de la prison. Il doit être en mesure d'adapter sa pratique au milieu carcéral et en connaître les pathologies. A l'instar du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe[1814], le CPT plaide dans ce cadre en faveur de la reconnaissance de la médecine pénitentiaire en tant que spécialité professionnelle.

Pour autant, il n'existe pas encore à notre connaissance de réelle volonté politique d'élaborer une filière universitaire, ni d'institutionnaliser une formation *ad hoc*, de base et/ou continue, qui serait précisément consacrée aux soignants qui se destinent à exercer leur profession en milieu carcéral.

En conclusion, si l'importance de ces principes est fondamentale et s'ils ont incontestablement amené la Suisse à « *modifier et améliorer* » la prise en charge médicale des

---

[1811] Par. 71-74 du 3e rapport général d'activités du CPT et par. 19-22 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Cf. également la Déclaration de l'AMM sur l'indépendance et la liberté professionnelle du médecin, adoptée par la 38e Assemblée médicale mondiale à Rancho Mirage en octobre 1986, suivie de la Déclaration de l'AMM sur l'autonomie et la régulation professionnelle, adoptée par la 39e Assemblée médicale mondiale à Madrid en octobre 1987 et les règles 12.1 à 12.3 des Directives de l'ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues.

[1812] Par exemple, NIVEAU (1999*a*), p. 202; GRAVIER (2002). Cf. également le par. 12 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, aux termes duquel « *Le rôle du ministère de la Santé devrait être renforcé en matière de contrôle de l'hygiène, de la qualité des soins et de l'organisation des services de santé en milieu carcéral (…). Un* ***partage clair des responsabilités et des compétences*** [nous soulignons] *devrait être établi entre le ministère de la Santé et les autres ministères compétents, qui devraient coopérer pour la mise en oeuvre d'une politique de santé intégrée au sein des prisons* ».

[1813] Par. 75-77 du 3e rapport général d'activités du CPT.

[1814] Par. 34 et 35 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

détenus[1815], nombre d'entre eux ne sont encore à l'heure actuelle que partiellement suivis[1816]. Bien qu'ils soulignent la nécessité d'une médecine pénitentiaire régulée sur celle exercée en milieu libre, les spécificités du milieu et de la population pénale, incontestablement, « *brouillent les cartes* »[1817]. Cette situation se trouve à notre sens confortée par le fait qu'il n'existe pas en Suisse de politique en la matière menée à l'échelle nationale, quand bien même il s'agit d'un enjeu de santé publique. Au final, les disparités entre établissements sont si nombreuses que l'on en vient à se demander si, tout en gardant pour objectif ultime l'équivalence des soins, il ne serait pas plus judicieux dans un premier temps de promouvoir déjà une véritable adéquation entre les multiples et dissemblables pratiques de soins "incarcérés".

3.3 Une pratique, un statut de patient et une relation singuliers

3.3.1 Une médecine dite institutionnelle

La médecine pénitentiaire est dite « *institutionnelle* » car elle est intimement liée aux règles de l'établissement dans lequel elle s'exerce et aux personnes auxquelles elle se destine[1818]. Dès lors, pour l'appréhender, il ne peut être fait abstraction de l'environnement carcéral, ni des contraintes qu'il suppose[1819].

Il est tout d'abord particulièrement difficile pour les soignants de préserver la santé physique de la population carcérale dans des circonstances qui de toute évidence ne s'y prêtent pas. Dans un même temps, il est vrai aussi que la privation de liberté peut inciter le détenu à se responsabiliser à l'égard de sa santé[1820]. Certains détenus parviennent en effet à se réapproprier, le temps de leur incarcération, différentes facettes de leur existence qui leur avaient échappé jusqu'alors, notamment leur santé[1821]. D'où l'émergence en l'espèce d'un nouveau paradoxe, celui de la « *double face de la prison : [à la fois] mortifère et restauratrice* »[1822] ; « *pathogène et thérapeutique* »[1823]. Des auteurs estiment toutefois que la

[1815] BERTRAND/UMMEL/HARDING (2003), p. 55.
[1816] Pour des exemples concrets, cf. VONLANTHEN ROTH (1997), en particulier pp. 37-50.
[1817] ITEN/GRAVIER/ELGER (2003), p. 928. Plus catégorique, MILLY (2001), p. 135 estime que « *l'équivalence des soins avec le milieu libre, si elle constitue un référent commun pour beaucoup de professionnels de santé, n'en est pas moins souvent une illusion (…)* ».
[1818] GONIN (1979), p. 161; NIVEAU (1999*b*), p. 9; MANZANERA/SENON (2004), p. 690.
[1819] BUFFARD/BARRAL/DO/GONIN (1984), p. 1200. Dans le même sens, VON ALLMEN/ZIMMERMANN (1985), p. 77, pour lesquels « *il faut bien voir, avant de parler de cette relation [médecin-patient/détenu], que la médecine se pratique d'abord dans un cadre organisé qui, libéral ou contraignant, influence toujours le comportement des médecins et celui des patients* ». Cf. également la règle 1.2 des Directives de l'ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues.
[1820] Pour les soignants aussi, « *l'incarcération semble également être un moment privilégié pour mettre en place une stratégie de prévention cohérente avec les préoccupations de santé publique actuelles* », tel que le soulignent LE GOFF/AVIGDOR/CAGLI/SOLDINI (2002), pp. 659s et p. 662.
[1821] D'où les propos de ce détenu, rapportés par LEGENDRE (1989), p. 324 : « *Je peux me refaire une santé ici* ». En ce sens également, cf. DE MARTINI (2002), pp. 186s.
[1822] LHUILIER (2000), p. 203. Dans le même sens, cf. LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001), pp. 112ss.
[1823] LAMOTHE/GEOFFRAY (1989), p. 229.

fonction réparatrice ne fait le plus souvent que participer du « *mythe fondateur* »[1824] de l'institution carcérale[1825].

La prise en charge médicale est également complexifiée par des comportements à risques qui perdurent en détention, malgré les précautions prises. Les relations homosexuelles et les échanges de matériel d'injection - notamment - sont des pratiques certes marginalisées mais bien réelles[1826]. Leurs effets se répercutent par conséquent sur la politique thérapeutique privilégiée au sein de l'établissement.

La durée de l'incarcération joue aussi un rôle primordial dans la prise en charge médicale des patients-détenus, tout comme les locaux au sein desquels s'exerce la médecine et le matériel à disposition. Si les conditions de la pratique médicale en prison se sont sous cet angle beaucoup améliorées comparativement à la médecine pénitentiaire exercée dans l'Europe des dix-huit et dix-neuvième siècles[1827], ses moyens demeurent à l'heure actuelle encore souvent insatisfaisants.

Les contraintes du milieu alourdissent donc l'action des soignants et pèsent quotidiennement sur les décisions qu'ils sont amenés à prendre. Le personnel soignant pénitentiaire est indéniablement soumis à un environnement dont les composantes sont extrêmement différentes de celles auxquelles il est habitué en société libre. Ces composantes sont si spécifiques que certains se rallient aux recommandations supranationales qui plaident en faveur d'une formation spécialisée[1828], destinée à familiariser les professionnels de la santé aux enjeux de l'univers carcéral[1829].

C'est dans ce contexte que la transmission d'une information confidentielle peut, doit ou ne doit pas s'effectuer. Le secret médical à lui seul cristallise l'ensemble de ces oppositions et contradictions. Il apparaît tel un négatif, au sens photographique du terme, d'une prise de vue globale. Il est tout à la fois l'un des fondements de l'exercice rigoureux de la profession médicale et l'un des principaux détonateurs[1830] des antagonismes entre intervenants[1831]. Comme le soulignent justement BESSIN et LECHIEN, il « *symbolise les enjeux de la coopération*

[1824] Dont on a vu précédemment, avec FAUGERON/LE BOULAIRE (1992), p. 27, qu'il *« permet de transformer le mal (l'enfermement de sûreté, toujours soupçonné d'arbitraire) en bien (la « bonne » peine de prison)* ».

[1825] LHUILIER (2000), pp. 203-208.

[1826] Sur l'homosexualité en prison, du point de vue des détenus, cf. WELZER-LANG/MATHIEU/FAURE (1997) ; RICORDEAU (2004).

[1827] A ce propos, lire notamment LEONARD (1984) et HOWARD (trad. nouvelle et éd. critique de 1994), lequel souligne néanmoins les efforts fournis en ce domaine dans plusieurs des établissements helvétiques visités (cf. pp. 135-141).

[1828] Des médecins pénitentiaires suisses plaident depuis plusieurs décennies déjà pour une telle formation et la reconnaissance de cette discipline en tant que spécialité. Certains ont par exemple émis l'idée que la médecine pénitentiaire devienne une *sous-section* de la FMH. Sur ce point, cf. l'ancienne Revue Forum. Prison et liberté 8/1992, p. 12, entretien avec le Dr. WASEM. Voir également GRAVIER (2000*a*), p. 285 et la règle 13 des Directives médico-éthiques de l'ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues, aux termes de laquelle « *Tout professionnel de la santé exerçant de manière suivie auprès de patients détenus doit à l'avenir être au bénéfice d'une formation spécifique concernant la mission et le fonctionnement des différents établissements de privation de liberté, ainsi que la gestion des situations de danger potentiel et de violence. Des connaissances ethno-socio-culturelles sont également nécessaires* ».

[1829] Cf. par exemple les par. 34 et 35 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Voir également les par. 75-77 du 3e rapport général d'activités du CPT précité.

[1830] Ainsi les propos recueillis auprès d'un surveillant, en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien : « *si l'on doit partir en guerre, c'est clair, ce sera à cause du secret médical* ».

[1831] Cf. par exemple BOLLI (2002*b*), pp. 103s; PFRUNDER (2002), pp. 176ss.

professionnelle, croisement des visées à l'autonomie et des obligations à travailler ensemble »[1832].

3.3.2 Un patient incarcéré

S'agissant du statut du patient-détenu, nous avons vu tout d'abord que le statut juridique du détenu diffère de celui du citoyen libre en raison du fait qu'il est privé de sa liberté et donc restreint dans son autonomie. Le détenu conserve la jouissance des droits fondamentaux et libertés individuelles, mais les restrictions qui en limitent l'exercice sont nombreuses[1833]. Dans ces conditions, le patient-détenu est incontestablement placé dans une situation de vulnérabilité. Il l'est tant à l'égard de l'institution que des intervenants, y compris le soignant. Un rapport de dépendance existe effectivement aussi entre le médecin et son patient-détenu. Il est susceptible, comme toute autre relation, d'être l'enjeu de pouvoirs[1834].

Plus généralement, nombre de droits du patient demeurent imparfaitement appliqués en prison. Tel est le cas par exemple du droit à l'autonomie et à l'autodétermination. Bien que l'autonomie ait été comme aspirée au cœur de la relation bilatérale médecin-patient, il faut accepter une certaine « *dépendance de fait du patient à l'égard des soignants, du médecin en particulier* »[1835]. En détention, cette dépendance est plus prononcée encore en raison du statut particulier du patient, en situation de subordination. Elle est par ailleurs renforcée par l'atonie du milieu qui chosifie certains détenus et les dépouillent de toute aspiration à l'autodétermination[1836]. Le droit pour le patient-détenu de recevoir une information complète, précise et compréhensible sur le diagnostic, le pronostic, les mesures thérapeutiques envisagées et l'évolution de la maladie, ainsi que, corrélativement, le droit de consulter son dossier médical, ne sont pas non plus toujours respectés.

Le détenu ne dispose par ailleurs pas du libre choix de son praticien[1837], quand bien même ce droit est reconnu à tout patient notamment dans le code de déontologie de la FMH[1838]. Seul le médecin attitré de l'établissement est susceptible de revêtir la qualité de médecin-traitant. Le patient ne pourra demander à s'entretenir avec un autre médecin que dans les établissements qui disposent d'un service médical composé de plusieurs soignants.

Nous avons constaté aussi que le statut du détenu, patient ou non, est étroitement lié au caractère coercitif de l'institution dans laquelle il évolue. Si le concept d'institution totalitaire

---

[1832] BESSIN/LECHIEN (2000), p. 9.
[1833] Rappelons avec GARBADE (1990), p. 60 et les ATF 99 Ia 262, 268; 100 Ia 454, 460; 103 Ia 293, 295 et 106 Ia 277, 280 : « *Les restrictions auxquelles est soumise la personne détenue doivent (…) reposer sur une base légale, ne pas aller au-delà de ce qu'exige le but de la détention et "les exigences raisonnables propres à assurer le fonctionnement normal de l'établissement de détention". C'est-à-dire qu'elles doivent respecter le principe de la proportionnalité, et ne pas porter atteinte au noyau intangible de la liberté personnelle* ».
[1834] Dans le même sens, LHUILIER (2000), p. 215.
[1835] GUILLOD O. (1995), p. 440
[1836] VARAUT (2000), p. 180.
[1837] Cf. ATF 102 Ia 302, 304; ATF 106 Ia 277, 292; ATF 123 I 221, 236. En ce sens, la situation du détenu est analogue à celle de la personne qui ne dispose pas de la liberté de choisir le médecin appelé à l'expertiser.
[1838] Art. 5 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003 : « *Le médecin respecte le droit du patient de choisir librement son médecin ou d'en changer* ».

de GOFFMAN ne peut être retenu tel quel compte tenu de l'évolution qu'a connue la prison[1839], celle-ci demeure un lieu de contrôle de ceux qu'elle enferme, tel qu'en attestent notamment la législation et l'ensemble des usages et règles informelles qui la gouvernent.

Le fait pour le détenu d'être de surcroît **malade** rend plus difficile encore sa condition. Son statut particulier génère inéluctablement une série d'aménagements qu'il est difficile de contourner et ce, même lorsqu'il est souffrant. Par exemple, le patient-détenu ne peut librement accéder aux médicaments dont il estime avoir besoin, ni solliciter le personnel soignant sans passer par une procédure particulière[1840]. De même, les délais d'attente pour obtenir une consultation peuvent se prolonger pour des raisons logistiques. Tel est le cas notamment de l'acheminement d'un détenu vers un hôpital, qui requiert une coordination parfois difficile à mettre en œuvre entre l'administration pénitentiaire, le service hospitalier en cause et les responsables de la sécurité.

D'un autre côté, le statut de malade est susceptible il est vrai de permettre au détenu de se démarquer, de s'individualiser dans un milieu dont la tendance est à l'uniformisation[1841]. Etre malade implique aussi pour le détenu la possibilité d'obtenir des mesures exceptionnelles (alimentaires, hygiéniques, médicamenteuses, relatives au travail, etc.), et de mobiliser l'attention et l'empathie des soignants[1842]. Se rendre à la consultation et accéder à l'espace d'intervention médicale rompt également avec la monotonie du milieu. De tels « *bénéfices secondaires* » conduisent par conséquent certains détenus à "se faire passer" pour souffrants, ce à quoi les soignants doivent également être attentifs[1843].

3.3.3 Une relation médicale démystifiée

Que le médecin exerce à titre indépendant, au sein d'une clinique privée (relation dès lors soumise au droit privé) ou dans le cadre d'un hôpital public, sa relation bilatérale avec le patient repose sur plusieurs fondements, parmi lesquels la réciprocité du libre choix, la confiance et le respect mutuels, la confidentialité et le consentement. Tel devrait être également le cas en détention. Cette relation médecin - patient n'obéit toutefois pas au libre choix et est parfois entachée de requêtes simulées, voire manipulatrices, de certains patients-détenus[1844]. Le secret peut en outre parfois être brisé et le consentement outrepassé. La

[1839] Ainsi le concept d'« *institution contraignante* », évoqué notamment par ROSTAING (1997). Dans le même sens FAGET (2002), p. 142. *Contra* : CHANTRAINE (2004*d*) p. 204, pour lequel ce type d'expression est « *quasi tautologique* » et « *mène à des impasses théoriques* ».

[1840] Les demandes de consultation étant réglementées.

[1841] LHUILIER/VEIL (1998), pp. 637s; LHUILIER (2000), p. 201; LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001), pp. 29s et pp. 176-179.

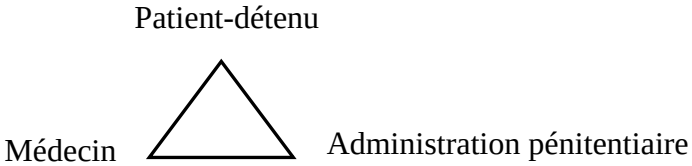
[1842] Dans le même sens, cf. ITEN/GRAVIER/ELGER (2003), p. 932 : « *la consultation médicale est souvent (…) le lieu où [le patient] a la possibilité d'exprimer son mal-être personnel, l'opportunité de présenter une requête (…)* ».

[1843] VON ALLMEN/ZIMMERMANN (1985), p. 74 et 76; VONLANTHEN ROTH (1997), p. 13s; WAEBER (2005), p. 23. Plus généralement, lire les travaux encore très stimulants de HOCHMANN (1964 ; 1969). Cet auteur distingue cinq types de « *motivations* » amenant le détenu à consulter : la « *motivation théâtrale* », la « *motivation civile* », la « *motivation morale* », la « *motivation orale* » et la « *motivation thérapeutique* » et plusieurs attitudes du soignant face à son patient-détenu : l'« *attitude de soutien* », l'« *attitude moralisatrice* », l'« *attitude de neutralité* » et l'« *attitude couplée* ».

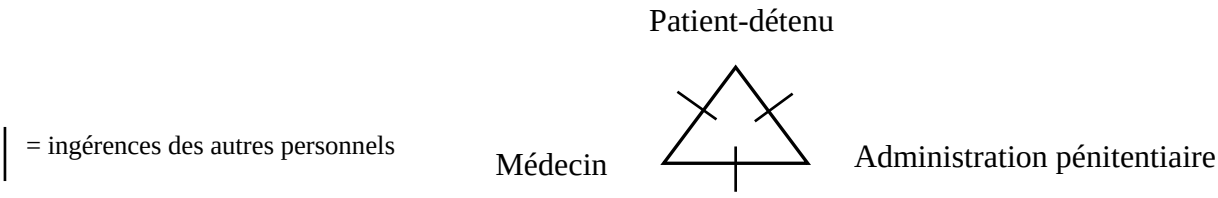
[1844] Le médecin doit en particulier souvent lutter contre les demandes incessantes de médicaments et veiller aux éventuelles exagérations. Sur la (sur)consommation médicamenteuse des détenus et les possibles logiques qui y président, cf. JAEGER/MONCEAU (1996) et MONCEAU/JAEGER /GRAVIER/CHEVRY (1996).

formule selon laquelle le colloque singulier est le lieu de rencontre entre une confiance (celle du patient) et une conscience (celle du médecin)[1845] s'avère donc sévèrement remise en cause en prison. C'est sans compter que s'immisce en outre dans la relation médecin/patient-détenu un troisième acteur, l'administration pénitentiaire.

Le but principal du médecin consiste en la préservation de la santé du patient[1846]. L'objectif de l'administration pénitentiaire est de contenir la population qu'elle héberge et d'agir sur les détenus de telle manière qu'ils ne récidivent pas à leur sortie. Les intérêts du premier contredisent parfois ceux de la seconde et biaisent par conséquent le rapport bilatéral médecin/patient-détenu.

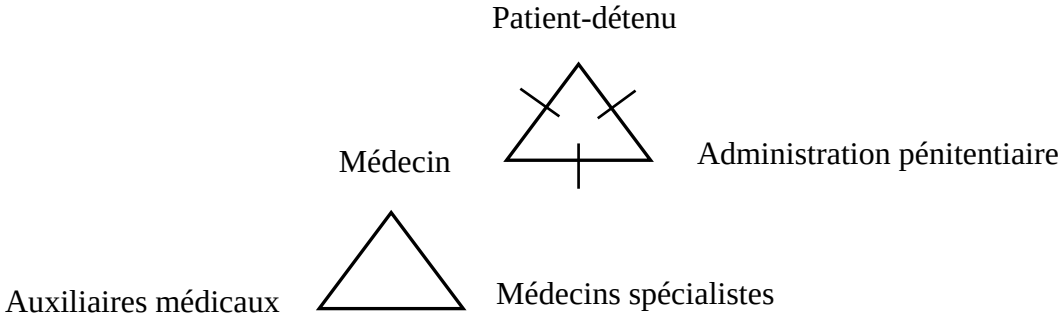


La relation tripartite est perturbée encore par les autres intervenants qui pénètrent, parfois bien malgré eux[1847], dans l'intimité du « colloque singulier ».



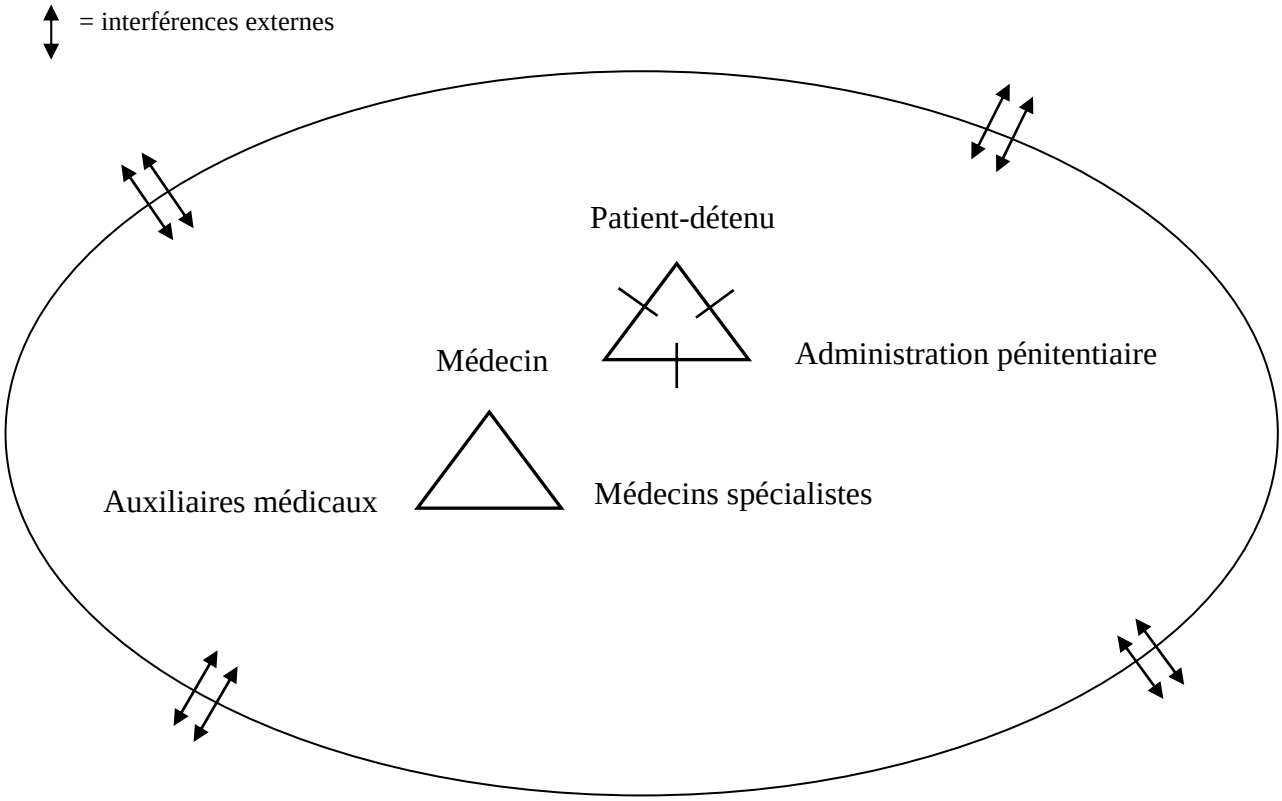
Le mode de fonctionnement entre le médecin et son patient diverge donc ici de celui que tous deux seraient en mesure d'établir au sein de la société civile, en raison du fait que pèsent sur leur relation l'existence d'un tiers et l'ingérence ponctuelle d'autres intervenants.

La forme géométrique se complexifie si au médecin s'ajoute l'équipe médicale. Dans certains établissements en effet, le praticien est entouré d'auxiliaires. La division du travail au sein du service médical implique forcément une organisation du partage des informations, qui présente également des problèmes de codification.



[1845] Rappelée notamment par J. MARTIN dans le Dictionnaire suisse de politique sociale (2002), disponible sur l'Internet à l'adresse suivante : http://www.socialinfo.ch/, rubrique : Relation médecin-malade.
[1846] BERNHEIM J. (1991), p. 31.
[1847] Notamment lorsque leur présence est exigée, parfois même sur requête du personnel soignant, aux consultations d'un détenu qualifié de dangereux.

Le schéma ici présenté peut en dernier lieu être entouré d'une bulle représentant l'institution étatique au sein de laquelle les différents acteurs agissent et interagissent. Le corps médical, en particulier, est dans ce contexte en permanence confronté aux obligations (et responsabilités y afférentes) qui découlent de sa profession, mais également à celles que lui impose le pouvoir public. L'organisme étatique obéit à des considérations d'intérêt général. Il fait l'objet d'une surveillance et est conditionné par des éléments externes, tels que son financement, la volonté politique du moment et une opinion publique souvent critique à son égard. Ces paramètres constituent aussi de véritables interférences et se répercutent sur le travail et la marge de manœuvre des acteurs du monde pénitentiaire.



En résumé, la relation médecin/patient-détenu s'inscrit dans un contexte relativement houleux. Au partage des compétences mal défini et aux rôles équivoques des intervenants s'ajoutent les spécificités du lieu d'exercice et de la population à soigner. De même, aux intérêts parfois diamétralement opposés qui affectent l'ensemble de la communauté pénitentiaire, se mêle une somme d'éléments externes souvent difficiles à concilier. Sans compter enfin et comme nous l'avons vu, qu'il pèse toujours sur la relation thérapeutique les perceptions qu'ont médecin et patient-détenu l'un de l'autre et qui influent forcément sur la qualité de leur rencontre.

4 QUELQUES ENJEUX CONCRETS LIES AUX SECRETS "INCARCERES"

4.1 Introduction

Pour mieux trouver une justification aux nuances que nous souhaitons apporter à l'articulation des obligations de confidentialité auxquelles sont tenus les intervenants pénitentiaires, il est indispensable d'extraire les enjeux de l'alternative "se taire ou dévoiler". Le recours à certains cas d'application qui de façon itérative ont étayé les propos des acteurs de l'exécution des peines interrogés a été essentiel pour les déterminer. Il en ressort que les intervenants se trouvent très souvent empruntés face à une politique "de deux poids, deux mesures", souvent préconisée en l'espèce, mais irrémédiablement vouée à l'échec, à défaut d'une réglementation claire.

4.2 Cas d'application

4.2.1 Dans la pratique quotidienne des soignants

Abstraction faite de la situation thérapeutique simple qui, nous l'avons vu, pose des problèmes en raison de l'inapplicabilité pratique de certaines règles de droit et de principes déontologiques (confidentialité, libre choix), il existe un certain nombre de situations récurrentes dans lesquelles le médecin doit intervenir, en vertu d'une réglementation légale le plus souvent, et dont découlent des enjeux éthiques. Il s'agit de situations délicates, susceptibles de mettre en péril l'indépendance du professionnel et le plus souvent de porter atteinte au secret auquel il est tenu. Elles font écho au statut particulier du soignant en milieu carcéral et renforcent sa qualité de partenaire incontournable de l'administration pénitentiaire. Elles attestent du fait qu'il est parfois impossible pour le corps médical d'exercer selon les usages en vigueur, en particulier d'éviter de trahir son secret. Tel est le cas notamment lorsque le médecin est appelé à intervenir en qualité d'expert ou se trouve mandaté par les autorités répressives pour accomplir des actes de nature médicales ou non[1848]. Dans ces situations, le soignant flirte non seulement avec la violation de ses obligations déontologiques[1849], mais également légales.

Il appartient dès lors au médecin de rendre attentif son patient-détenu aux différents rôles "accessoires" dont il est ponctuellement investi[1850]. En pratique, il devrait en particulier

[1848] Pour d'autres exemples de bris du secret médical du fait, intentionnel ou non, du professionnel de la santé, cf. MILLY (2003), pp. 757-760.
[1849] Cf. par exemple l'art. 31 par. 1er du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003.
[1850] Dans le même sens, cf. l'art. 6 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003 : « *Si la relation entre un patient et un médecin est de nature non thérapeutique (médecin légiste, expert, médecin-conseil, activité de médecin du travail et activité sur mandat d'une association sportive, etc.), la personne concernée doit en être*

veiller à toujours expliquer à son patient-détenu que d'autres paramètres s'opposent à la volonté et aux intérêts de ce dernier.

4.2.1.1 La situation du médecin "expert"

Tout médecin sollicité à titre d'expert demeure un professionnel de la santé et acquiert le statut de fonctionnaire. Il est de ce fait soumis tant au secret de fonction qu'au secret médical, lequel ne distingue pas la qualité de médecin traitant de celle de médecin expert[1851]. L'expert est cependant délié de son secret professionnel à l'égard de l'autorité qui recourt à ses compétences dans le cadre restreint des questions qu'elle lui pose. Il doit veiller à cet effet au respect du principe de proportionnalité et ne pas informer l'autorité au-delà de ce pourquoi il a été mandaté. Il ne peut dès lors dans la règle communiquer à l'autorité des informations qui dépassent le cadre de sa mission, quand bien même la personne expertisée viendrait à lui révéler des faits sous un autre angle pertinent. Par ailleurs, il est une règle fondamentale dans le cadre de toute expertise, c'est l'incompatibilité de la fonction d'expert avec la qualité de médecin traitant[1852]. Or, en détention, un seul médecin revêt précisément à certaines occasions les deux qualités.

Plusieurs situations impliquent en effet pour le médecin pénitentiaire traitant une obligation de se prononcer sur des événements liés à la santé du patient. Il est ici appelé à rendre compte aux autorités afin qu'elles puissent, sur la base de ses renseignements, rendre ou confirmer une décision. Tel est le cas notamment lorsque le médecin est enrôlé pour déterminer la compatibilité de l'état de santé du patient-détenu avec un placement disciplinaire en cellule d'isolement[1853] ou pour certifier l'aptitude du patient-détenu à travailler. Les données médicales transmises peuvent le cas échéant concerner l'évolution de la maladie, le diagnostic retenu et/ou le pronostic privilégié. Elles tombent précisément sous le sceau du secret médical. De toute évidence, le médecin accomplit ici des actes qui relèvent du registre de l'expertise.

Avoir à répondre à ce type de sollicitation complique indéniablement la relation médecin/patient-détenu, mais surtout place à nouveau le professionnel de la santé dans une position équivoque[1854]. La portée de ses comptes-rendus peut en effet revêtir une importance significative pour le détenu. Par exemple, la sanction disciplinaire est implicitement déclarée exécutable lorsque le médecin ne s'y oppose pas expressément pour raisons médicales. Contraint de transmettre les résultats objectifs auxquels il parvient, le médecin peut donc dans ses conclusions aller à l'encontre des intérêts de son patient[1855]. A l'inverse, il pourra être enclin à travestir la vérité pour justement protéger son patient d'éventuelles conséquences préjudiciables à ses intérêts, au mépris des objectifs assignés à l'institution.

---

clairement informée ». Voir également la règle 3.2 des Directives de l'ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues.

[1851] MARTIN/GUILLOD (2000), p. 2052.

[1852] BERNER (2002), p. 119.

[1853] Situation il est vrai admise par la règle 38 ch. 1[er] de la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes en ces termes : « *La sanction de l'isolement disciplinaire et toute autre mesure punitive qui risquerait d'altérer la santé physique et mentale du détenu, ne peuvent être infligées que si le médecin, après avoir examiné le détenu, certifie par écrit que celui-ci est capable de les supporter* ».

[1854] HARDING (1987), p. 12.

[1855] Dans le même sens, SNACKEN (2002), p. 150.

Dans un même temps, les informations ainsi transmises, bien qu'elles ne doivent dans la règle pas indiquer en quoi la santé du détenu est compromise, sont susceptibles de transcender la confidentialité à laquelle est tenu le médecin. A tout le moins, son intervention fragilise la sincérité sur laquelle repose leur relation. On dit de la confiance et du respect mutuels qu'ils sont primordiaux dans la relation thérapeutique, dès lors que la violation du secret médical rompt ce lien privilégié. Nous sommes d'avis que la participation obligatoire du médecin à certains actes lèse plus encore sa relation avec le détenu. Ici, le médecin peut non seulement être amené à déroger au secret médical, mais également aux autres principes qui régissent son activité professionnelle. En accord avec les règles nationales et internationales évoquées précédemment[1856], il ne devrait pourtant pas être amené à concourir à des offices qui, typiquement, relèvent de l'administration pénitentiaire. Or, en l'occurrence, le médecin endosse bel et bien un rôle d'expert dont le mandat diffère considérablement de sa mission de soins.

L'exemple du certificat d'inaptitude au travail permet de relever cette collusion avec une certaine acuité.

4.2.1.1.1 Certificat médical d'incapacité de travail

En tant qu'il est destiné à un tiers, le certificat médical d'incapacité de travail contredit dans l'absolu le secret des données personnelles sur lesquelles il porte. Le fait cependant qu'il procède généralement d'une requête du patient à son médecin traitant annihile la violation supposée de son obligation de secret. En société libre, le certificat médical d'arrêt de travail découle le plus souvent d'un contrat de mandat qui lie le médecin à son patient et contraint le premier à attester de l'impossibilité du second à exercer son activité professionnelle pour raisons médicales « *ayant pour origine un accident ou une maladie* »[1857]. En pratique, le médecin-traitant remet à son patient le certificat le concernant, afin que celui-ci puisse prendre connaissance de son contenu et le transmettre ensuite lui-même à son employeur[1858]. L'atteinte au secret professionnel par la délivrance du certificat est dès lors licite, car consentie par le patient[1859]. Au cas où le patient refuse de délier son médecin-traitant et de remettre à son employeur les données médicales requises, il s'expose aux sanctions de ce dernier, notamment au non versement du salaire. Une conclusion similaire est valable pour le cas où l'employeur dispose de la possibilité de faire examiner son employé par le médecin-conseil de l'entreprise[1860], afin qu'il lui délivre un avis sur l'(in)capacité de travail de son employé. Dans ce cas, le médecin-conseil est tenu au secret médical également à l'égard de l'employeur. Il joue le rôle de filtre et doit se limiter à lui communiquer les données strictement nécessaires à l'exécution du rapport de travail. En vertu de son droit à l'autodétermination, l'employé peut ici aussi refuser de consentir à ce que de telles données soient transmises à son employeur, au risque que ce dernier prenne à son encontre des

[1856] En particulier celles relatives à l'indépendance professionnelle, cf. *supra*, partie II, pt. 3.2.2.6.
[1857] Art. 400 al. 1er CO. Cf. également ROSSEL (1992), pp. 328ss.
[1858] MARGAIRAZ (2003), p. 187.
[1859] Tel que le souligne à raison LÜCKER-BABEL (1999), p. 44, le consentement ici donné est bien entendu « *spécifique, lié à un acte particulier et ne constitue pas une permission de portée générale* ».
[1860] Lié contractuellement à l'entreprise en question et pour lequel, rappellent GUILLOD/GIAUQUE (1999), p. 52, il existe plusieurs dénominations. Sur le statut du médecin-conseil de l'employeur privé, se référer en particulier aux pages 64ss. Plus généralement, sur les différents "types" de médecins-conseils (d'assurances, du travail, d'entreprise), cf. MARTIN-ACHARD (2003*a*). A noter enfin que l'Annexe 4 au Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003, s'adresse spécifiquement aux médecins du travail.

mesures préjudiciables à ses intérêts[1861]. La même logique gouverne enfin la communication des données personnelles d'un assuré à une assurance sociale de soins[1862]. Les médecins-conseils de ces assurances[1863] reçoivent en effet des médecins traitants des informations médicales sur leurs patients, à moins qu'ils ne se chargent de les recueillir eux-mêmes[1864]. Après les avoir triées et conformément aux principes régissant la protection des données personnelles, ils transmettent uniquement celles d'entre elles qu'ils estiment nécessaires aux assurances pour qu'elles se prononcent sur le remboursement des prestations effectuées[1865]. Il convient de rappeler ici que le secret médical vaut également entre médecins. Si l'assuré consent à la divulgation des informations le concernant, le secret est dit partagé. Au cas où, en revanche, il s'oppose à la révélation desdites informations, le médecin traitant se voit dans l'obligation de respecter sa volonté, au risque que son patient ait à assumer le refus de l'assurance de lui rembourser les soins dont il a bénéficié. Pour éviter ce cas de figure et promouvoir une transparence susceptible de rassurer le patient assuré, il peut se révéler judicieux que le médecin lui présente ses conclusions avant de les faire parvenir au médecin-conseil. En revanche, si le patient consent à la transmission des données pertinentes le concernant au médecin-conseil, une jurisprudence récente admet que ce dernier sollicite subséquemment l'avis d'un confrère spécialisé, sans avoir à recueillir le consentement du patient et sans même devoir l'en informer[1866].

Le certificat médical doit être conforme à la réalité. Il doit attester de l'état de santé réel du patient. L'article 318 CP punit de l'amende ou de l'emprisonnement les médecins, les dentistes, les vétérinaires et les sages-femmes qui, intentionnellement, établissent un certificat mensonger « *destiné à être produit à l'autorité ou à procurer un avantage illicite, ou (…) de nature à léser les intérêts légitimes et importants de tierces personnes* ». L'infraction est dite qualifiée et la peine est l'emprisonnement si le praticien a sollicité, reçu ou s'est fait promettre « *une rémunération spéciale* » en échange de l'établissement d'un faux certificat. Le praticien peut en revanche être condamné à une simple amende s'il a agi par négligence[1867]. Dans le même sens, l'article 34 du Code de déontologie de la FMH interdit les « *certificats de complaisance* » sous peine d'une sanction disciplinaire. Le praticien est dès lors convié à établir le certificat « *au plus près de sa conscience professionnelle et avec toute la diligence requise* ». Les principes qui régissent le traitement des données enjoignent aussi le médecin à vérifier l'exactitude des informations recueillies auprès de son patient. Il doit en outre se borner à révéler dans le certificat les informations strictement nécessaires et pertinentes par rapport au but recherché, dans le respect du principe de proportionnalité.

En prison, il existe aussi des situations dans lesquelles le médecin pénitentiaire peut être amené à constater l'impossibilité du détenu à fournir le travail auquel il est astreint en vertu

---

[1861] Cf. Site du préposé fédéral à la protection des données : http://www.edsb.ch/f/fragen/gesundheit/index.htm, rubrique: Santé, réponse à la question « *L'obligation du secret s'applique-t-elle aussi au médecin d'entreprise ?* ».

[1862] S'agissant de la conclusion d'une assurance de soins *privée*, il convient de se référer à la Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA ; RS 221.229.1), en particulier les art. 4 et 39 LCA.

[1863] Cf. les art. 42 al. 5 et 57 LAMal.

[1864] Art. 57 al. 6 LAMal.

[1865] Art. 57 al. 7 LAMal. Cf. également GUILLOD/KÖNIG (2003), pp. 176s, s'agissant de la transmission de données médicales personnelles aux assurances *privées*.

[1866] ATF 1A.190/2004 du 9 mai 2005.

[1867] Pour de plus amples développements, cf. ROBERT C.-N. (1995); BOOG in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2003), pp. 2037ss; DONATSCH/WOHLERS (2004), pp. 460ss, par. 109.

de l'article 37 ch. 1 CP[1868]. Il n'existe toutefois pas de règles régissant spécifiquement la délivrance du certificat médical attestant de l'incapacité d'un détenu de travailler. S'il revêt certes une vocation similaire au certificat délivré à un travailleur libre, c'est-à-dire attester que l'individu n'est pas en état d'accomplir son travail pour raison de santé, ce document n'obéit toutefois pas aux articles 324*a*ss CO. Il n'est pas destiné en particulier à protéger le détenu contre une résiliation en temps inopportun au sens de l'article 336*c* al. 1er lit. b CO, mais à attester que le détenu n'est pas intentionnellement dans l'impossibilité de respecter son astreinte au travail. Le patient-détenu ne peut par ailleurs pas refuser de remettre son certificat au tiers intéressé. Alors que le certificat médical doit être en société libre différencié de l'expertise médicale[1869], il apparaît que ces deux actes sont en détention difficilement distinguables, en raison notamment de la confusion des tâches dévolues au soignant, du statut particulier du "patient-détenu-travailleur" et des objectifs poursuivis par l'exécution de la peine.

Adressé à la direction de l'établissement, le certificat d'arrêt de travail doit dans la règle se borner à indiquer la « *cause générique de l'incapacité* »[1870], soit la maladie ou l'accident, ainsi que la durée estimée de l'incapacité et son degré[1871]. S'il ne doit en aucun cas mentionner les raisons médicales qui le président, il s'avère cependant particulièrement malaisé pour le praticien de veiller à ce que certaines informations ne transparaissent pas de ce document.

En effet, il n'est pas rare que le médecin se voie directement confronté aux pressions de certains intervenants, persuadés qu'il est victime des facéties de son patient-détenu et/ou désireux d'obtenir des renseignements supplémentaires sur l'inaptitude du détenu en question. Il se peut alors qu'il soit suspecté de vouloir accorder à son patient-détenu des avantages indus. Il lui est aussi parfois reproché de retenir des informations de nature à intéresser l'ensemble des intervenants, en particulier ceux amenés à travailler avec le détenu en question. De manière générale, l'absentéisme d'un détenu sur sa place de travail soulève des interrogations, voire des réflexions déplacées, tant du personnel que des codétenus. Souffre-t-il d'une maladie stigmatisée ? Quelle est-elle exactement ? Bénéficie-t-il d'une complice bienveillance ? Ce sont autant de questions auxquelles font écho d'hypothétiques réponses, alimentant la rumeur. Dans ces conditions, le médecin peut alors être tenté, même inconsciemment, de motiver moins sommairement le certificat en question, flirtant de la sorte avec la violation de ses obligations professionnelles.

Au-delà des suspicions dont le praticien peut faire l'objet, nous savons désormais que sa relation avec son patient-détenu endure d'importants tempéraments. La marge de manœuvre du médecin pénitentiaire est beaucoup plus réduite que celle dont bénéficie le médecin de ville, voire même le médecin hospitalier. Il ne dispose pas en particulier de la faculté de résilier le contrat qui le lie à son patient ou de l'inviter à consulter un de ses confrères si leur relation de confiance est ébranlée. Telles sont les options auxquelles peuvent avoir recours les praticiens de la société libre lorsqu'ils constatent chez leur patient des tentatives de manipulation dans le but qu'ils rédigent de faux certificats médicaux. En détention, ces alternatives n'existent pas. Le médecin pénitentiaire se trouve donc ballotté entre une

[1868] Art. 81 nCP et, pour les personnes condamnées à une mesure, art. 90 al. 3 nCP.
[1869] Sur ce point, cf. HARDING/UMMEL (2003).
[1870] GUILLOD/GIAUQUE (1999), p. 85.
[1871] MARGAIRAZ (2003), p. 187. Sur le contenu du certificat, cf. également ROSSEL (1992), pp. 342-345.

obligation toute générale de véracité, un impératif de loyauté à l'égard de son patient et une volonté de respecter les autres intervenants.

Du côté du patient-détenu, la situation est toute aussi alambiquée. Alors qu'en société libre il serait en mesure de s'opposer aux révélations concernant sa santé produites par le certificat sous peine d'avoir à essuyer les foudres de son employeur, il ne dispose pas ici de ce choix. On voit mal en effet comment il pourrait être donné suite à son refus de transmettre les données le concernant. Son accord sur la teneur des informations transmises devra certes être requis, mais dans tous les cas le certificat dont il fait l'objet sera communiqué à un tiers. Le rapport prépondérant en cause n'est donc pas celui qui lie le médecin à son patient, mais bien **celui qui lie le médecin à l'autorité**. Par ailleurs, le patient-détenu ne peut pas non plus dans la règle recourir aux services d'un autre soignant. Si cette situation est susceptible d'impliquer un profond malaise entre le patient-détenu et le médecin pénitentiaire, en particulier si ce dernier n'abonde pas dans le sens du premier, elle révèle surtout que le soignant doit assumer cette tâche en-dehors des règles d'usage en la matière.

La position du médecin pénitentiaire traitant du "patient-détenu-travailleur" relativement à la production d'un certificat d'inaptitude au travail se distingue donc largement de celle du médecin traitant d'un "patient-travailleur" libre. En tout état de cause, il nous apparaît que cette position s'assimile plus à celle d'un médecin expert.

Pour éviter cette collusion et les enjeux qui en résultent, il serait à notre sens judicieux de désigner dans chaque canton un professionnel de la santé *ad hoc*, chargé précisément de ce type d'examens requis par l'autorité pénitentiaire[1872]. Ce nouveau protagoniste se ferait l'intermédiaire entre le patient-détenu, le médecin de l'établissement et le(s) destinataire(s) de ses constatations. Mandaté par l'autorité pénitentiaire, il revêtirait les mêmes fonctions qu'un médecin-conseil d'une assurance sociale par exemple. Non averti, neutre, impartial et indépendant, il lui incomberait d'ausculter le patient-détenu et de transmettre à la direction ses conclusions, limitées aux principes de nécessité, de pertinence et de proportionnalité. Il conviendrait notamment de fixer son statut, les modalités de son intervention et les contours précis de son activité, afin d'éviter que ce qui pourrait être perçu comme l'ingérence d'un nouvel intervenant n'embrouille le tissu de relations déjà fort complexe en détention et n'attise de nouvelles résistances.

4.2.1.2 La situation du médecin "auxiliaire"

Il est également des situations dans lesquelles les compétences du soignant sont mobilisées à des fins non thérapeutiques. Le médecin, mandaté expressément par l'autorité pénitentiaire, doit alors lui prêter concours dans l'accomplissement de ses tâches. Tel est le cas notamment lorsque le médecin est sollicité par la direction de l'établissement pour tranquilliser médicamenteusement un détenu violent et agité ou procéder aux fouilles corporelles intimes[1873], effectuer une prise de sang à titre de contrôle, voire attester de résultats

[1872] *Contra*, s'agissant des contrôles ponctuels en cellule d'isolement disciplinaire, POTTIEZ/HIVERT (1977), p. 219, selon lesquels il est préférable que ce soit le médecin traitant qui assume ces examens.

[1873] Théoriquement en effet, seul un soignant a le droit de procéder à une fouille corporelle intime. Voir à ce propos la Déclaration de l'AMM sur la fouille corporelle de prisonniers, adoptée par la 45e Assemblée médicale mondiale à Budapest en octobre 1993, qui enjoint les autorités pénitentiaires à mandater « *un médecin autre que le médecin traitant du prisonnier* » pour y procéder car « *l'obligation du médecin de pourvoir aux soins*

urinaires[1874]. Pratiquement en effet, la majorité de ces mesures ne peuvent être effectuées que par une personne qui dispose de compétences en médecine. Ces situations cependant interfèrent inévitablement avec le suivi médical entamé et s'écartent de la pratique médicale. Elles ébranlent aussi la confiance du détenu en l'impartialité de son médecin et contraignent celui-ci à dévoyer sa mission de soins. L'intérêt du médecin à promouvoir ceux de son patient s'oppose à l'intérêt de l'autorité à contenir la population dont elle a la responsabilité, en recourant le cas échéant à des mesures de précaution que seul un soignant, en vertu de ses compétences, peut exécuter. La position du médecin apparaît donc dans ce contexte aussi ambivalente que le secret médical semble compromis.

Plusieurs soignants nous ont dit que les conflits de devoirs[1875] et d'intérêts qui résultent du secret médical doivent être résolus *via* l'éthique médicale et leur conscience d'agir au plus juste. Nous n'adhérons en l'espèce que partiellement à cette conclusion. Il existe en effet trop de différences d'appréciation dans la conception même de cette éthique médicale[1876] et autant de consciences que de médecins. Il s'avère dès lors à notre sens tout aussi opportun de reconnaître clairement une marge de manœuvre aux professionnels de la santé, que déraisonnable de les laisser seuls combler le vide juridique relatifs à la pluralité des tâches qu'ils endossent en prison. Il importe dès lors de leur retirer les missions dont on reconnaît qu'elles s'inscrivent de manière flagrante en faux par rapport à leur objectif de soins. Dans ces cas précis, qui requièrent uniquement les compétences techniques du praticien, un médecin tiers devrait se substituer au médecin pénitentiaire traitant de l'établissement.

4.2.2 Dans la pratique quotidienne des agents de détention

En raison des fonctions qui leur sont dévolues, les surveillants découvrent une multitude d'informations relevant de la sphère privée des personnes incarcérées et touchant à leur dignité[1877]. C'est en particulier dans l'accomplissement de leurs tâches de sécurité qu'ils prennent régulièrement connaissance d'éléments résultant de la vie intime des détenus[1878]. Tel est le cas notamment lorsqu'ils sont amenés à effectuer des fouilles corporelles simples et de cellules[1879], à procéder à l'écoute de leurs conversations téléphoniques et à contrôler le bon déroulement de leurs visites au parloir[1880]. Par ailleurs, l'usage inopiné de l'œilleton comme

---

médicaux du prisonnier ne saurait être compromise par une obligation de coopérer au système de sécurité des prisons ». De même, la Prise de position du CII sur le rôle des infirmières dans les soins aux prisonniers et aux détenus adoptée en 1998, précise que « *les infirmières employées dans les services de santé de l'administration pénale n'ont pas à assumer des fonctions de gardiennes de prison, telle que la fouille corporelle entreprise pour des raisons de sécurité du milieu carcéral* ». Cf. également les par. 72 et 73 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et les art. 85 al. 2 et 90 al. 5 nCP. L'ATF 109 Ia 146, 159, préconise en outre que la fouille intime soit réalisée par une personne étrangère au corps d'agents détenteurs de la puissance publique, ici la police.

[1874] VONLANTHEN ROTH (1997), p. 21 et pp. 73s.

[1875] En allemand : « *Pflichtenkollisionen* ».

[1876] Sur cette notion, on lira avec intérêt DELAGE/JUNOD (2003).

[1877] HERZOG-EVANS (1998*a*). Sur la notion de dignité, telle qu'elle est conçue par la Cour européenne des droits de l'homme, cf. RABILLER (2002), pp. 101-103 et arrêts cités.

[1878] MBANZOULOU (2000), pp. 105s.

[1879] COULON (2001), pp. 840s; LHUILIER/LEMISZEWSKA (2001), pp. 27s.

[1880] Les visites s'effectuent généralement dans une salle affectée à cet effet. Leur déroulement ne fait en principe l'objet que d'une surveillance visuelle. Les « *parloirs intimes* » et les « *unités de vie familiale* », lorsqu'ils existent, ne sont contrôlés que par des passages ponctuels d'un agent de détention et l'usage d'un interphone. S'ils sont prévus dans certains établissements, ils ne sont cependant pas concrétisés dans la loi. Leur instauration

les passages impromptus en cellule sont aussi des mesures de surveillance qui, si elles ne reposent pas toujours sur des motifs à connotation coercitive, violent indéniablement l'intimité du détenu. Dans ces conditions, les intervenants auxquels sont dévolues les missions les plus contrôlantes sont forcément contraints de porter atteinte à la vie privée des détenus. En outre, la surpopulation carcérale inhérente à certains établissements aggrave leur difficulté à en assurer le respect effectif[1881]. Il n'empêche que ces pratiques, parmi les plus attentatoires à la dignité des personnes, ne se fondent pour la plupart sur aucun cadre juridique clair[1882].

Le constat est analogue s'agissant de l'intrusion des agents de détention dans l'intimité médicale des détenus. Il apparaît en effet que certaines interventions des surveillants sont susceptibles, directement ou non[1883], d'abîmer la confidentialité médicale prétendument garantie au détenu. Tel est le cas notamment lorsqu'ils sont mobilisés pour remettre aux détenus leurs médicaments, relayer leurs demandes de consultation médicale ou procéder au contrôle de leur correspondance échangée avec un soignant ou un établissement hospitalier. Pour autant, ces situations ne sont soumises à aucune norme spécifique. Aussi méritent-elles qu'on s'y arrête un instant.

---

relève donc du bon vouloir de la direction de l'établissement et leurs modalités de sa discrétion. Sur la question de l'aménagement de l'intimité des rencontres familiales et conjugales en détention, cf. notamment DARBÉDA (1998). Pour un survol des principaux arguments juridiques qui plaident en faveur de la reconnaissance d'un « *droit à la sexualité* » en détention et de « *lieux privatifs* » pour l'exercer, voir HERZOG-EVANS (2001). Cf. également le par. 68 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, aux termes duquel « *il devrait être envisagé de donner aux détenus la possibilité de rencontrer leur partenaire sexuel sans surveillance visuelle pendant la visite* ». Tel que le souligne toutefois TULKENS F. (2002*a*), p. 65, si la Cour européenne des droits de l'homme « *note avec intérêt le mouvement de réforme dans différents pays européens* » qui tend à institutionnaliser les visites conjugales, « *elle considère cependant, dans l'état actuel des choses, que le refus de telles visites peut être considéré comme justifié* ». Dans le même sens, FITZGERALD (1995), p. 13.

[1881] Cette surpopulation constitue en effet un véritable « *facteur aggravant des conditions générales de la détention* », tel que le soulignent BECHLIVANOU (1999), p. 66 et la Recommandation 1257 (1995) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux conditions de détention dans les États membres du Conseil de l'Europe du 1er février 1995. Elle atteste dans un même temps indirectement du mépris de certains Etats membres du Conseil de l'Europe pour les Recommandations y relatives émises par le Comité des Ministres, parmi lesquelles notamment la Recommandation n° R(99)22 concernant le surpeuplement des prisons et l'inflation carcérale, adoptée par le Comité des Ministres le 30 septembre 1999, lors de la 681e réunion des Délégués des Ministres ; la Recommandation n° R(2000)22 concernant l'amélioration de la mise en œuvre des règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la Communauté, adoptée par le Comité des Ministres le 29 novembre 2000, lors de la 731e réunion des Délégués des Ministres ; la Recommandation n° R(2003)22 concernant la libération conditionnelle, adoptée par le Comité des Ministres le 24 septembre 2003, lors de la 853e réunion des Délégués des Ministres et la Recommandation n° R(2003)23 concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée, adoptée par le Comité des Ministres le 9 octobre 2003, lors de la 855e réunion des Délégués des Ministres. Pour un état de la situation générale dans plusieurs Etats européens, aux Etats-Unis, en Australie et au Japon, et des propositions crédibles susceptibles de réduire le surpeuplement carcéral, lire KUHN A. (2000).

[1882] Le Code pénal révisé pallie en partie à ce constat. L'art. 85 al. 2 nCP prévoit en effet de strictes conditions qui devront être remplies pour procéder à une fouille intime. Elle devra en particulier reposer sur un soupçon fondé et sérieux à l'égard du détenu et être réalisée par une personne de même sexe. Seul un soignant pourra en outre y procéder, à l'abri du regard des codétenus. Les membres du personnel ne sont en revanche pas expressément exclus.

[1883] Par exemple, lorsqu'ils prennent connaissance de certains faits relatifs à la santé du détenu dans le cadre de l'inspection de sa cellule. Il se peut en effet qu'ils y découvrent des médicaments ou des missives échangées avec un médecin.

4.2.2.1 Distribution des médicaments et gestion de la pharmacie

En Suisse, un certain nombre d'établissements recourent à leur personnel de surveillance pour gérer la pharmacie et remettre aux détenus leurs remèdes[1884]. Cette pratique est courante dans les petits établissements qui ne disposent pas d'une permanence médicale. Il arrive cependant que le personnel de surveillance de plus grands établissements ait ausssi à distribuer les médicaments aux détenus, par exemple en dehors des heures de permanence médicale. Pour éviter qu'il ne prenne connaissance de la nature des médicaments, certaines mesures sont parfois prises. Par exemple, ils sont retirés de leur emballage et désignés par un numéro. Dans ce cas, le surveillant peut se trouver dans l'embarras dès lors que le détenu demande des précisions sur ce qui lui est remis[1885]. Là où en revanche de telles mesures font défaut, il s'avère relativement facile pour les surveillants investis de cette tâche de déduire l'affection dont souffre le détenu. En cas de doute, tout au plus ont-ils à se référer à la prescription du médecin et à la posologie. Dès lors, peut-on encore parler de secret du diagnostic ?

Au-delà de ce qu'implique cette distribution en termes de confusion de rôles, ni la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques[1886], ni l'Ordonnance fédérale sur les médicaments[1887], n'habilitent le personnel de surveillance à effectuer la remise de médicaments sous ordonnance médicale[1888]. A notre connaissance, les prescriptions cantonales en la matière ne prévoient pas non plus de dérogations en faveur de l'agent de détention[1889].

Pour contourner cette violation de la loi, une solution consisterait à reconnaître aux surveillants affectés à cette tâche la qualité d'auxiliaires du médecin[1890]. Il ne ressort toutefois pas de la *ratio legis* de l'article 321 CP d'étendre son champ d'application personnel à cette catégorie de professionnels. Par ailleurs, la question de la mobilisation du personnel non-soignant à l'endroit d'activités strictement médicales se pose aussi en termes de responsabilité. Les risques inhérents à cette activité sont incontestablement plus grands dès lors qu'elle revient à un non-soignant. Il apparaît par conséquent indispensable d'opérer une stricte séparation des rôles entre les intervenants et de ne jamais associer à l'action médicale une personne qui ne dispose ni de la qualité, ni des compétences et encore moins de la formation adéquate requises pour endosser ce type de responsabilité. Seuls les professionnels

[1884] Certaines législations sanitaires cantonales prévoient expressément sous quelles conditions une pharmacie destinée aux soins prodigués dans les établissements de détention peut être tenue. Par exemple elle doit être placée sous le contrôle d'un pharmacien. Cf. notamment l'art. 117 de la Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (RS 800.01).

[1885] Sur ce point, cf. JAEGER/MONCEAU (1996), pp. 91ss, dont l'enquête (qualitative et quantitative) relève tant le besoin des surveillants d'être « *formés et informés* » sur les prescriptions, que la désapprobation d'une grand majorité d'entre eux face à l'obligation qui leur est faite de distribuer les médicaments.

[1886] Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh ; RS 812.21).

[1887] Ordonnance sur les médicaments du 17 octobre 2001 (OMéd ; RS 812.212.21).

[1888] Pour de plus amples développements, cf. GRAVIER/SPRUMONT (2003), pp. 233-235.

[1889] Cf. par exemple l'art. 112 de la Loi *fribourgeoise* sur la santé du 16 novembre 1999 (RS 821.0.1) et l'art. 109 al. 2 de la Loi de santé *neuchâteloise* du 6 février 1995 (RS 800.1).

[1890] Sur ce point, cf. DE ROUGEMONT (2002), p. 88. Notons que certains auteurs, certes dans d'autres domaines, n'hésitent pas à étendre ainsi le champ d'application personnel de l'art. 321 CP. Cf. par exemple STAUB /BEUTTER (1998), pour lesquels les experts chargés d'évaluer les conditions d'octroi d'un certificat de qualité à une étude d'avocats doivent être considérés comme les auxiliaires de ces derniers, en tant qu'ils prennent connaissance, en cours d'examen, de données couvertes par le secret professionnel.

de la santé placés sous la responsabilité du médecin-chef devraient être habilités à exécuter ces tâches[1891].

Dans le même sens, certains auteurs rapportent « *la situation paradoxale et anormale* » du détenu qui participe aux soins prodigués au sein de l'établissement, en qualité de « *secrétaire médical* » ou « *infirmier* » à temps partiel[1892]. A notre connaissance, ce cas est inexistant en Suisse. Si la situation devait toutefois se présenter, elle devrait être dénoncée, en raison de la collusion qu'elle implique et de la violation évidente des règles sur lesquelles repose l'exercice de la profession médicale qu'elle engendre.

4.2.2.2 Demande de consultation médicale

Pour certains auteurs, « *même le fait qu'une personne déterminée ait consulté le médecin (…) constitue un secret* »[1893]. L'existence du seul lien thérapeutique doit donc dans la mesure du possible demeurer secrète, en particulier lorsqu'il est possible de déduire l'affection présumée de la spécialité du médecin consulté. Tel est le cas notamment des consultations psychiatriques[1894]. Aussi, même s'il « *existe des limites pratiques au secret médical* »[1895], par exemple lorsqu'il s'avère matériellement très difficile de sauvegarder le secret d'une consultation à l'égard des autres patients qui sont réunis dans une même salle d'attente[1896], certaines mesures de discrétion doivent dans la règle être aménagées. Tel n'est précisément pas le cas en détention.

Dans certains établissements en effet, les détenus qui souhaitent consulter ne disposent que de certaines voies limitées pour accéder au médecin. Par exemple, ils ont l'obligation de s'inscrire sur un formulaire apposé sur un panneau d'affichage accessible à tous. Ils peuvent également être contraints de s'adresser à un intervenant, généralement le surveillant, lequel transmettra leur requête. Le fait de placer le surveillant dans la position de relayeur des demandes de consultation pose problème, notamment en termes de célérité. Cette option peut également mener à des négociations avec le détenu, des contestations à l'égard de la direction et/ou des rapports de force avec le soignant[1897]. S'agissant de la confidentialité plus spécifiquement, ces pratiques nous interpellent : s'il est vrai qu'il est pratiquement impossible de maintenir confidentiels tous les aspects d'une consultation, il est légitime de s'interroger

[1891] Dans le même sens, cf. par. 21 de l'Annexe à la Recommandation n° R (98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Notons avec REAL DEL SARTE (1984), pp. 172s que la distribution des médicaments, dès lors qu'elle est le privilège du personnel non-soignant, peut également constituer un « *moyen magique de faire régner l'ordre* ». Il s'agit là aussi d'une raison suffisamment pertinente pour définitivement réserver cette tâche aux professionnels de la santé. Plus généralement, sur le statut ambigu du médicament en prison, « *à la fois salvateur et toxique, outil du contrôle de l'ordre dans la détention et ferment d'ébranlement de cet ordre* », cf. VEIL (2000), pp. 267-269. PLOURDE/BROCHU/LEMIRE (2001) dégagent quant à eux « *quatre niveaux d'enjeux* » en lien avec la prise de substances psychoactives : « *administratif, politique, tributaire de la gestion sur le "terrain" [et] adaptatif* ».

[1892] POTTIEZ/HIVERT (1977), p. 217.

[1893] CORBOZ (2002), p. 647, n°24. Dans le même sens, BOLL (1983), p. 3.

[1894] GMÜR (2004), p. 1764 cite également l'oncologie, l'urologie et la dermatologie/vénéréologie, qui sont autant de disciplines sur lesquelles pèsent une série de représentations aussi floues que stigmatisantes.

[1895] DUMOULIN J.-F. (2004), p. 27.

[1896] Quand bien même, souligne DUMOULIN J.-F. (2004), p. 27, certains cabinets psychiatriques veillent « *à éviter au maximum la confrontation avec d'autres patients venus consulter le praticien* », par exemple en aménageant « *une succession de salles d'attente* ».

[1897] Sur ces différents points, cf. MILLY (2003), pp. 752s.

sur ces procédures transparentes de prises de rendez-vous avec le soignant. En effet, si le secret médical doit être à tout prix préservé, pourquoi n'avoir pas opté pour une solution simple, anonyme et facilement concevable, par exemple une boîte aux lettres dans laquelle les détenus eux-mêmes pourraient déposer leur demande de consultation ?

En ce qui concerne la consultation elle-même, il apparaît que la configuration et l'insonorisation des lieux ne se prêtent pas toujours au respect d'une certaine discrétion. La présence d'un surveillant, sollicitée durant certaines consultations, par exemple d'un détenu nerveux et présentant des signes manifestes d'intimidation, nie quant à elle absolument la confidentialité médicale.

4.2.2.3 Contrôle de la correspondance échangée avec le médecin

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux personnes condamnées à une peine privative de liberté le droit au respect de leur correspondance. Elle admet cependant que les exigences « *normales (ou ordinaires) et raisonnables de la détention peuvent justifier des ingérences plus grandes à l'égard d'un détenu* » que d'un citoyen libre, pour autant que les conditions les justifiant soient remplies[1898]. La correspondance des détenus peut dès lors être limitée quantitativement et se voir contrôlée[1899].

Dans le même sens, plusieurs textes supranationaux - dont s'inspire nous l'avons vu le législateur - garantissent le droit des personnes incarcérées de communiquer avec l'extérieur, sous réserve des exigences liées à leur statut et des contraintes inhérentes à l'institution carcérale[1900].

Tel que le rappelle enfin le Conseil fédéral dans son Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale, « *le droit au respect de la correspondance (…) sert notamment aux personnes qui ne recourent pas directement aux services postaux mais qui passent par des intermédiaires : c'est le cas, par exemple, des prisonniers, des personnes hospitalisées, des pensionnaires d'institutions, des employés, des militaires* »[1901]. Les personnes incarcérées jouissent donc du droit au respect de leur correspondance garanti par l'article 13 Cst., au même titre que tout autre particulier. A l'instar toutefois des autres droits fondamentaux, elles sont limitées dans son exercice. Les impératifs d'ordre et de sécurité peuvent en effet impliquer des restrictions quantitatives à la correspondance des personnes incarcérées[1902]. Ils supposent en outre, sinon une lecture exhaustive et une éventuelle censure, à tout le moins un droit de regard de l'administration sur le courrier des détenus[1903]. Le contrôle de la correspondance par

[1898] Par exemple, dans les Arrêts *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A, n° 18, par. 45 ; *Silver c. Royaume-Uni* du 25 mars 1983, série A, n° 61, par. 64 et *Campbell c. Royaume-Uni* du 25 mars 1992, série A, n° 233, par. 45. Cf. également les autres arrêts cités par RUSSO in PETTITI/DECAUX/IMBERT (1999), ad. art. 8 par. 1 CEDH, p. 312 et, dans le même volume, COUSSIRAT-COUSTERE, ad. art. 8 par. 2 CEDH, p. 332.
[1899] Pour des exemples récents d'(e) (non) ingérences, cf. TULKENS F. (2002*a*), pp. 66-71.
[1900] Ainsi par exemple la règle 43 de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes.
[1901] CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale* du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, 155.
[1902] ATF 102 Ia 279, 297ss.
[1903] COUVRAT (2000), p. 271.

l'administration pénitentiaire[1904] constitue dès lors un droit, mais aussi un devoir[1905]. Il s'agit d'un moyen parmi d'autres de garantir notamment la discipline et la sécurité au sein de l'établissement ; dans l'intérêt de la communauté pénitentiaire et, *in extenso*, de la société civile. Le principe de « *l'inviolabilité de la correspondance* »[1906] est alors *de facto* renversé par les contraintes de l'institution carcérale. Des ingérences étatiques dans les relations épistolaires des détenus sont admises, pour autant que les conditions de la licéité de l'atteinte au droit au respect de la correspondance soient réunies.

La correspondance qu'entretient un détenu avec un avocat bénéficie cependant d'un régime particulier[1907]. Dans l'arrêt CAMPBELL[1908], la Cour européenne des droits de l'homme a en effet estimé qu'« *en principe, de telles missives jouissent d'un statut privilégié en vertu de l'article 8* ». Cette protection particulière résulte des articles 6 CEDH et 14 Pacte ONU II, lesquels impliquent notamment le droit à un procès équitable ainsi que le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et de recourir au défenseur de son choix. Elle renvoie alors plus spécifiquement à la situation des personnes en détention préventive, puisqu'il s'avère relativement rare qu'une personne en exécution de peine recoure à un avocat[1909]. Elle découle également du fait que ces écrits sont supposés tomber sous le coup du secret professionnel[1910], lequel on l'a vu poursuit une pluralité d'intérêts, dont ceux de l'expéditeur et du destinataire du courrier[1911]. Aussi, pour qu'un contrôle soit admissible, il doit non seulement être effectué par une entité externe, par exemple l'autorité de surveillance du barreau, mais également être motivé par des soupçons plausibles « *d'un abus de privilège, en ce que le contenu de la lettre menace la sécurité de l'établissement ou d'autrui ou revêt un caractère délictueux d'une autre manière* »[1912].

Le courrier échangé entre une personne incarcérée et une autorité judiciaire ou les organes de la CEDH[1913] bénéficie, *mutatis mutandis*, d'une protection accrue. Dans la règle, il ne peut

---

[1904] Rappelons avec PRADEL (1987), p. 264 qu'il convient ici de distinguer le « *contrôle pénitentiaire* », du « *contrôle judiciaire* », lequel est effectué par un magistrat, par exemple le juge d'instruction dans la phase antérieure au prononcé de la peine ou le juge d'application des peines dans les Etats qui connaissent cette institution.

[1905] BJP 1/1999, n°536, p. 13 : le contrôle du courrier par l'administration constitue en ce sens un acte licite au regard de l'art. 32 CP.

[1906] Voir KAYSER (1966).

[1907] BREITENMOSER (1986), pp. 333ss.

[1908] Arrêt *Campbell c. Royaume-Uni* du 25 mars 1992, série A, n° 233, par. 48.

[1909] Sinon dans le cadre d'une action intentée devant un tribunal civil. A ce propos, cf. MALINVERNI (1984*a*), p. 96.

[1910] Pour autant bien entendu qu'ils se destinent à l'exercice de la profession d'avocat et entrent dès lors dans le cadre de l'exécution de son mandat. A ce propos, cf. les ATF 115 Ia 197; 112 Ib 606; 120 Ib 112; 114 III 107; 102 IV 210, 214s. Sur la distinction entre activités dites « *typiques* » et « *atypiques* » du défenseur, cf. BJP 4/2002, n°280, p. 105; FAVRE/STOUDMANN (1998), pp. 305-307 et FAVRE (2003), pp. 70-72.

[1911] Cf. SJ 1992 n° 10, p. 161.

[1912] Arrêt *Campbell c. Royaume-Uni* du 25 mars 1992, série A, n° 233, par. 48. Sur ces motifs plausibles, cf. RABILLER (2002), pp. 99s.

[1913] L'art. 3 ch. 2 lit. a, b et c de l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des droits de l'Homme, conclu par les Etats parties à la CEDH le 5 mars 1996 et entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1999 (RS 0.101.3), confirme le droit des personnes qui participent aux procédures engagées devant la Cour de correspondre librement avec elle. S'agissant des personnes détenues en particulier, il précise que l'exercice de ce droit implique notamment que « *leur correspondance doit être transmise et leur être remise sans délai excessif et sans altération; [que] ces personnes ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure disciplinaire du fait d'une communication transmise à la Cour par les voies appropriées; [enfin que] ces personnes ont le droit, au sujet d'une requête à la Cour et de toute procédure qui en résulte, de*

pas être contrôlé[1914]. L'article 36 de la Convention de Vienne[1915] est aussi généralement réservé[1916]. Les détenus étrangers incarcérés dans les Etats signataires doivent ainsi pouvoir communiquer librement avec le fonctionnaire consulaire du pays dont ils sont ressortissants.

Le droit et la jurisprudence suisses s'inscrivent précisément dans les développements qui précèdent[1917]. La correspondance reçue et/ou expédiée par le détenu obéit également à un régime de contrôle différent selon les circonstances et l'identité, soit de son expéditeur, soit de son destinataire[1918]. Dans tous les cas en revanche, l'observation des règles élémentaires de discrétion est de mise. Aussi doit-on par exemple prévoir un préposé au contrôle de la correspondance qui veillera à refermer le courrier ouvert afin d'éviter que d'autres personnes puissent le consulter[1919].

Les juges de Mont-Repos admettent donc en principe que la correspondance des détenus puisse être contrôlée[1920]. Ils se montrent en revanche beaucoup plus restrictifs s'agissant de celle échangée avec l'avocat[1921]. Dans la règle en effet, le détenu a le droit de communiquer avec lui sans entraves, « *sauf dispositions contraires de la législation fédérale ou cantonale de procédure et dans les limites fixées par le règlement d'établissement* ». Ce n'est donc qu'« *en cas d'abus et avec l'approbation de l'autorité compétente, [que] la direction de l'établissement pourra refuser le droit de libre communication* »[1922]. L'article 46 ch. 3 CP garantit en outre le droit du détenu de correspondre librement avec les autorités de surveillance, telles que les commissions officielles de visiteurs et le Comité européen pour la prévention de la torture.

---

correspondre avec un conseil admis à plaider devant les tribunaux du pays où elles sont détenues et de s'entretenir avec lui sans pouvoir être entendues par quiconque d'autre ».

[1914] COUSSIRAT-COUSTERE in PETTITI/DECAUX/IMBERT (1999), ad. art. 8 par. 2 CEDH, p. 351.

[1915] Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (RS 0.191.02).

[1916] En Suisse, expressément, à l'art. 5 al. 5 OCP 1. Cf. également la règle 42 de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes.

[1917] Voir en particulier les nombreux ATF concernant la correspondance des détenus. Par exemple, l'ATF 117 Ia 465, 466ss traite du cas d'un détenu qui se voit refuser la remise de sa lettre qui contient une demande en mariage, à une détenue soupçonnée dans la même affaire. Cette restriction à son droit de correspondre « *se justifie par l'intérêt public à la poursuite de certaines infractions graves et à la bonne marche de l'instruction (…) L'autorité qui retient cette lettre en raison du risque de collusion ou de subornation ne viole ni le droit constitutionnel (liberté personnelle, liberté d'expression et droit au mariage), ni les garanties correspondantes de la CEDH* ». Voir aussi l'ATF 119 Ia 71. Le TF estime ici qu'« *il est admissible de ne pas transmettre une lettre dans laquelle le prévenu qualifie le juge d'instruction de bureaucrate assassin, en le comparant à Adolf Eichmann, et de porc* ». *Contra* : BJP 1/2003, n°329, p. 22 qui rapporte une décision schaffhousoise selon laquelle « *même des lettres contenant des assertions grossièrement diffamatoires ne doivent être retenues qu'à titre exceptionnel, lorsqu'en agissant différemment, on compromettrait le but de la détention ou l'ordre dans la prison* ».

[1918] Eu égard à notre problématique, il importe peu de s'attarder sur le contenu de la correspondance. Il va de soi qu'une missive détaillant des plans d'évasion, portant sur la commission d'infractions pénales ou de façon générale compromettant l'équilibre de l'institution, sera interceptée, renvoyée à son expéditeur pour modification, voire, en dernier ressort, censurée. A ce propos, lire MALINVERNI (1984*a*), pp. 91s et les décisions du Tribunal fédéral et des organes de Strasbourg cités.

[1919] ATF 107 Ia 148, 149ss : « *Lors du contrôle de la correspondance, il y a lieu de veiller à ce que le personnel chargé de l'acheminement du courrier visé par le juge d'instruction à destination de l'inculpé détenu préventivement ou en provenance de celui-ci ne puisse prendre connaissance de son contenu* », applicable *mutatis mutandis* aux détenus en exécution de peine privative de liberté.

[1920] ATF 119 Ia 505, 507.

[1921] A moins que le détenu ne présente de sérieux risques du point de vue de la sécurité. En ce sens, cf. notamment l'ATF 107 IV 25, 27s.

[1922] Art. 46 ch. 3 CP. A ce propos, cf. BAECHTOLD in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 744, n°24.

L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal n'apportera aucune modification en la matière. Se faisant aussi l'écho des articles 6 CEDH et 14 Pacte ONU II, l'article 84 al. 4 nCP prévoit que « *(…) les visites des défenseurs peuvent être surveillées, mais l'écoute des conversations est interdite*[1923]. *L'examen du contenu de la correspondance et des écrits de l'avocat n'est pas permis* ». En cas d'abus toutefois, l'autorité compétente pourra restreindre voire même interdire le droit du détenu à la libre communication écrite et orale avec son avocat. L'alinéa 5 de cette disposition prohibe quant à lui le contrôle des relations d'un détenu avec les autorités de surveillance et l'alinéa 7 réserve notamment l'article 36 de la Convention de Vienne.

Calquées sur l'article 5 al. 3 et 4 OCP 1, les dispositions cantonales pertinentes relatives au contrôle de la correspondance[1924] procèdent le plus souvent en deux temps. En des formules certes distinctes, la plupart désigne d'abord la correspondance échangée avec certaines personnes nommément désignées qui ne souffre, en principe, d'aucun contrôle. Elles définissent ensuite celle susceptible de ne pas faire l'objet d'un contrôle, moyennant l'autorisation de la direction de l'établissement. Ainsi, dans la règle, la correspondance échangée avec l'avocat, une autorité judiciaire, le ministère public et parfois le département en charge des affaires pénitentiaires et l'autorité compétente de placement échappe à toute vérification[1925]. En revanche, le courrier échangé avec un ecclésiastique, un médecin, un notaire, un tuteur et les « *autres personnes ayant des tâches semblables* » relève de la libre discrétion de la direction, qui dispose de la faculté d'autoriser ou non ces personnes à communiquer librement avec le détenu. Seuls les cantons de *Fribourg*, de *Neuchâtel* et du *Valais* précisent cette dernière modalité[1926]. Les législations *tessinoise* et *vaudoise*, en particulier le Règlement de l'établissement de la Stampa et celui des Etablissements de la plaine de l'Orbe, demeurent en revanche muets et laissent dès lors penser que les échanges d'un détenu avec son médecin sont soumis au même régime - et donc contrôlés - que ceux noués avec tout autre tiers, notamment avec les proches du détenu. De toute évidence, cette situation pose problème. Une lettre reçue et/ou adressée par/à un médecin *ès qualité* tombe en effet précisément sous le sceau du secret médical.

La Cour européenne des droits de l'homme, le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire considèrent on l'a vu le secret médical comme essentiel à la confiance sur laquelle doit reposer la relation médecin-patient(/détenu), mais également à la protection de la vie privée du patient(-détenu). Or, la possibilité donnée à la direction de contrôler une correspondance couverte par le secret et de la sorte pénétrer dans l'intimité de ce rapport bilatéral laisse présager une brèche considérable tant dans cette relation, que dans la sphère privée du détenu. Nous sommes par conséquent d'avis que cette atteinte n'est en principe pas justifiée. Sous

[1923] Ainsi, « *seuls pourront être surveillés les faits perceptibles par la vue. A cet effet, l'avocat et le détenu pourraient être séparés du surveillant par un panneau vitré ou une cabine en verre* ». Cf. FF 1999 1787, 1927.

[1924] Contenues dans les législations cantonales sur l'exécution des peines et généralement étayées dans les Directives internes aux établissements pénitentiaires du Concordat romand.

[1925] Cf. art. 59 al. 1er du Règlement des détenus et des internés des Etablissements de Bellechasse du 9 décembre 1998 (RSF 341.1.12) ; art. 59 du Règlement jurassien des établissements de détention du 24 septembre 1991 (RSJU 342.111) ; art. 45 al. 2 du Règlement général concernant la détention dans le canton de Neuchâtel du 3 mai 2000 (RS NE 352.1) ; art. 71 al. 2 du Regolamento del Penitenziario Cantonale du 3 décembre 1998 ; art. 71 al. 2 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais du 10 décembre 1993 (RS VS 340.200) ; art. 303 et 304 du Règlement des Etablissements de la plaine de l'Orbe du 20 janvier 1982 (RSVD 340.11.1).

[1926] Cf. par exemple l'art. 59 al. 2 du Règlement des détenus et des internés des Etablissements de Bellechasse du 9 décembre 1998 (RS FR 341.1.12) ; art. 45 al. 3 du Règlement général concernant la détention dans le canton de Neuchâtel du 3 mai 2000 (RSN 352.1) ; art. 71 al. 3 du Règlement sur les établissements de détention du canton du Valais du 10 décembre 1993 (RS VS 340.200).

réserve d'un abus manifeste, la correspondance du détenu avec un médecin - quelle que soit sa qualité[1927] et pour autant que cette correspondance s'effectue en raison de cette qualité - ne devrait à l'instar de celle échangée avec un avocat souffrir d'aucun contrôle.

L'immixtion dans la relation médecin/patient-détenu par le contrôle de la correspondance que tous deux échangent pose aussi un problème sous l'angle de la protection des données personnelles. Les informations relatives à la santé d'une personne sont en effet considérées comme étant des données dites sensibles, lesquelles bénéficient précisément d'une protection accrue[1928]. En particulier, elles ne peuvent être divulguées qu'à certaines conditions seulement, notamment si la personne intéressée (en l'occurrence, le détenu) y a consenti, s'il existe un intérêt prépondérant privé ou public à la divulgation ou si la révélation repose sur une base légale. La règle devrait dès lors être le respect de cette correspondance, son contrôle l'exception.

L'article 84 al. 3 nCP[1929] confirme la protection renforcée accordée aux échanges[1930] du détenu avec certaines personnes, en particulier celles astreintes à un secret professionnel au sens de l'article 321 CP. Il réserve toutefois la possibilité laissée à la discrétion de la direction de soumettre à un contrôle les échanges épistolaires du détenu avec ces professionnels. Cette disposition reprend *expressis verbis* l'art. 5 al. 4 OCP 1. Elevée au rang législatif, elle apparaîtra désormais comme une *lex specialis* qui déroge aux dispositions protectrices du secret du même niveau normatif.

Ce résultat découle du raisonnement qui doit être mené pour qu'une autorité étatique puisse porter atteinte à un droit fondamental[1931]. En l'espèce, la restriction du droit au respect de la correspondance repose sur une base légale (tant fédérale que cantonale). Ces normes sont au demeurant facilement accessibles[1932] et prévisibles[1933] dans leur application. La restriction poursuit en outre des buts d'intérêts publics ; notamment des impératifs de sécurité et d'ordre au sein de l'établissement et satisfait par conséquent à un « *besoin social impérieux* »[1934]. Enfin, l'atteinte au secret de la correspondance peut être considérée comme proportionnée au but visé, puisque le préposé au contrôle doit se borner à vérifier succinctement que la

[1927] Par exemple, médecin-traitant externe, médecin de l'établissement, psychiatre auquel le détenu a eu recours alors qu'il était encore en liberté, etc.
[1928] Art. 3 lit. c ch. 2 LPD.
[1929] Aux termes de l'art. 90 al. 4 nCP, cette disposition est applicable par analogie aux relations avec l'extérieur de la personne condamnée à une mesure « *pour autant que les exigences du traitement institutionnel n'entraînent pas de restrictions complémentaires* ».
[1930] Qu'il s'agisse de communications orales ou écrites. Cf. FF 1999 1787, 1927.
[1931] Rappelons ici que la Cour européenne des droits de l'homme a abandonné sa « *doctrine des restrictions inhérentes* » à l'état de détention (ou « *doctrine des limitations implicites* ») au profit de l'examen limité au respect des conditions énoncées à l'al. 2 de l'art. 8 CEDH. Dès lors, la restriction à la correspondance des détenus s'analyse exclusivement sous l'angle de l'art. 8 al. 2 CEDH.
[1932] Aussi est-il nécessaire de veiller à ce que les détenus reçoivent par écrit les instructions y relatives à leur entrée dans l'établissement. Dans le même sens, la règle 39 de l'Annexe à la Recommandation n° R(87)3 sur les règles pénitentiaires européennes prévoit que « *lors de son admission, chaque détenu doit recevoir des informations écrites concernant la réglementation relative au traitement des détenus de la catégorie concernée, des règles disciplinaires de l'établissement, des moyens autorisés pour obtenir des renseignements et formuler des plaintes, et de tous autres points qui peuvent être nécessaires pour lui permettre de connaître ses droits et ses obligations et de s'adapter à la vie de l'établissement* ». Cf. également l'ATF 106 Ia 277, 284, par lequel le TF admet la nécessité d'informer les détenus par écrit des conditions de leur détention.
[1933] L'exigence de prévisibilité est expliquée dans l'Arrêt *Silver c. Royaume-Uni* du 25 mars 1983, série A, n° 61, par. 88.
[1934] Arrêt *Silver c. Royaume-Uni* du 25 mars 1983, série A, n° 61, par. 98.

correspondance échangée ne contient pas d'éléments susceptibles de mettre en péril les buts de l'institution et/ou la protection des individus évoluant en son sein. En conséquence, laisser à l'administration pénitentiaire la possibilité de contrôler la correspondance d'un détenu échangée avec une personne tenue au secret répond aux conditions auxquelles sont soumises les restrictions aux droits touchés, garantis par la CEDH et notre charte fondamentale[1935]. En d'autres termes, l'intérêt public au maintien de la cohésion au sein de l'établissement peut l'emporter sur l'intérêt privé du détenu au secret de sa correspondance, de sa relation avec le médecin et de la protection de ses données personnelles concernant sa santé.

A notre sens toutefois, il est regrettable que le nouveau Code pénal n'ait pas définitivement clarifié cette situation. En laissant la possibilité aux cantons, *via* leur législation pénitentiaire, d'investir le directeur d'un établissement pénitentiaire de la liberté d'autoriser ou non la libre communication entre le détenu et les personnes tenues de par la loi à une obligation de confidentialité, le nouveau Code ne résout rien. Bien au contraire, il laisse à nouveau la porte grande ouverte à des disparités entre cantons - voire même entre établissements d'un même canton -, alors que découlent de cette alternative des enjeux très importants en termes d'intérêts protégés. Il apparaît d'ailleurs que les acteurs pénitentiaires en sont conscients. Leurs propos trahissent en effet une certaine gêne par rapport à ce possible contrôle. Ainsi plusieurs personnes habilitées à effectuer ce contrôle nous ont dit ne recourir à cette faculté que dans des cas tout à fait exceptionnels et dans la règle s'abstenir, en accord avec leur direction, de porter un regard sur les (rares) échanges épistolaires d'un détenu avec un professionnel de la santé et/ou un établissement hospitalier.

La pratique vient donc nous conforter dans l'idée qu'il n'y a pas lieu de distinguer la situation de l'avocat de celle du professionnel de la santé. Tous deux notamment émanent d'un corps professionnel réglementé et sont soumis à une autorité de surveillance. Il serait par conséquent cohérent d'étendre le droit de correspondre librement du patient-détenu avec un médecin, et en particulier avec le médecin pénitentiaire et ses auxiliaires. C'est d'ailleurs la solution préconisée dans la législation *genevoise*. L'article 40 du Règlement sur le régime intérieur de la prison apporte en effet des nuances quant au cercle des personnes avec lesquelles le détenu a le droit de correspondre librement[1936]. Elle l'étend en particulier aux collaborateurs du service médical. Ces derniers sont donc dans la règle libérés de toute surveillance dans leurs rapports écrits avec le détenu, au même titre que l'avocat ou le département. La législation *jurassienne*, sans référence expresse au courrier médical, prévoit que la correspondance des détenus en exécution de peine n'est pas contrôlée, « *sauf danger de fuite ou de collusion avec d'autres détenus* »[1937]. Si toutefois le contrôle est ordonné, le détenu en est informé et seule peut y procéder la Section des peines. Bien qu'insatisfaisante, cette option nous semble aussi plus respectueuse du droit au respect de la correspondance du détenu, en particulier celle échangée avec un professionnel de la santé. Elle renvoie en effet *expressis verbis* la décision du contrôle à une instance externe à la direction de l'établissement

[1935] Pour un exemple récent de violation du droit du détenu au respect de sa correspondance, en tant que ne sont pas remplies les restrictions prévues à l'art. 8 par. 2 CEDH, voir l' Arrêt *Demirtepe c. France* du 21 décembre 1999 ; Requête n° 34821/97, relevé par Jean-Paul CÉRÉ in : Recueil Dalloz, chron., Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution des peines (en coll. avec M. HERZOG-EVANS et E. PÉCHILLON), n°7, 2001, p. 569.

[1936] Règlement sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées du 30 septembre 1985 (RSG F 1 50.04) : « *(…) demeure réservé le droit du détenu de correspondre librement avec son avocat de même que de s'adresser au directeur de la prison, au directeur de l'office pénitentiaire, au service médical, au magistrat dont il dépend, au conseil supérieur de la magistrature, au département ou à la commission des visiteurs officiels du Grand Conseil* ».

[1937] Art. 58 du Règlement jurassien des établissements de détention du 24 septembre 1991 (RSJU 342.111).

et prescrit l'obligation d'en informer la personne incarcérée. En ce sens, il serait plus judicieux encore d'investir le médecin cantonal ou l'autorité cantonale de surveillance des professions de la santé du contrôle des échanges épistolaires soignant-détenu, en lieu et place de l'autorité désignée relevant de l'administration pénitentiaire. Concrètement, il appartiendrait à la direction ou, sur sa requête, à l'autorité de placement, de saisir l'autorité médicale en cas de suspicions plausibles d'abus et à cette dernière de les avertir le cas échéant de l'existence d'un tel abus. Cette solution aurait non seulement l'avantage de respecter le secret professionnel auquel est astreint le soignant pénitentiaire, mais également de consacrer, dans ce cas précis, son indépendance face à l'administration pénitentiaire.

4.2.3 Au regard du contenu de l'information protégée par le secret

Il ressort de nos entretiens que les intervenants ne savent pas toujours quel comportement adopter face à certaines informations qu'ils recueillent auprès des détenus ; en particulier s'ils peuvent ou doivent les partager et, dans l'affirmative, avec qui et selon quelles modalités. Tel est le cas notamment des informations relatives à l'état d'un détenu susceptible de mettre sa vie ou son intégrité corporelle ou celle d'autrui en péril, et celles relatives à la préparation ou à la commission d'une infraction pénale ou disciplinaire, par exemple l'évasion[1938].

4.2.3.1 Information liée à l'état d'un détenu qui porte ou menace sérieusement de porter atteinte à sa vie ou son intégrité corporelle, ou celle d'autrui

L'incarcération connaît son lot de souffrances. Outre les problèmes de santé de tous genres, plusieurs études attestent de la prévalence en milieu carcéral des tentatives de suicide et des auto- et hétéroagressions[1939]. Ces recherches démontrent de surcroît que les passages à l'acte sont plus importants en début d'incarcération[1940], particulièrement en détention préventive[1941], mais également à certains moments-clefs de l'exécution de la peine qui sont souvent synonymes pour le détenu d'intense solitude et d'inquiétude. Tel est le cas notamment du placement en cellule disciplinaire[1942], ou de la communication d'une mauvaise nouvelle, d'ordre familial (décès, séparation) ou concernant une requête en vue de l'aménagement du régime de fin de peine (passage à un régime plus ouvert reporté), par exemple. Ces différents événements peuvent vite faire basculer l'intéressé dans le désarroi, le conduisant à s'en prendre soit à lui-même, soit à ses codétenus et/ou aux membres du personnel.

[1938] Le détenu qui s'évade ne commet pas une infraction pénale, il s'expose en revanche à de lourdes sanctions disciplinaires. A l'inverse, le fonctionnaire qui prête assistance à l'évasion ou laisse évader un détenu est passible de la réclusion pour trois ans au plus ou de l'emprisonnement, aux termes de l'art. 319 CP. L'art. 310 CP s'adresse en outre à quiconque « *fait évader* » un détenu en usant de violence, de menace ou de ruse.

[1939] Voir notamment, s'agissant des *auto*agressions, BERNHEIM J.-C. (1987); BOURGOIN (1994 ; 1998); CASILE-HUGUES (1994); GUILBERT (2001) et, s'agissant du comportement *hétéro*agressif, dirigé contre le personnel : GUILLONNEAU/KENSEY (1998), respectivement contre des codétenus : WELZER-LANG/MATHIEU/FAURE (1997), lesquels analysent plus particulièrement les agressions « *dites* » sexuelles.

[1940] DAVID (1993), p. 75; BARLET (1996), p. 11; CÉRÉ (1999), pp. 88s.

[1941] MONCEAU/JAEGER (2000), pp. 222s; KILLIAS (2001*a*) p. 530, n°1173. HIVERT (1980), p. 100 parlait déjà de « *sursuicidité* » chez les prévenus. MAAG/MUGGLER-BICKEL (1983) soulignait également à la même époque une prévalence des suicides chez les prévenus, par rapport aux condamnés.

[1942] BOURGOIN (1998), pp. 233s; COMBALBERT/FAVARD/BOUCHARD (2002), p. 42.

Par rapport à la première conduite envisagée, le comportement autoagressif, il convient de distinguer plusieurs cas de figure, selon qu'ils aboutissent ou non au décès de l'intéressé. Car si le suicide place autrui devant le fait accompli, l'automutilation et la grève de la faim en revanche peuvent pour les détenus constituer des moyens de revendication « *destinés soit à faire pression sur l'autorité judiciaire ou administrative, soit à obtenir une hospitalisation ou un régime pénal particulier* »[1943]. Alors que le premier se révèle radical, les secondes sont susceptibles de s'inscrire dans une démarche de chantage, voire de menace[1944]. Si elles révèlent parfois « *une volonté résolue d'infléchir le cours de la destinée pénale* », elles manifestent de toute façon l'expression d'une souffrance[1945] et influent incontestablement sur la marge de manœuvre des intervenants[1946].

La question se pose dès lors de savoir quel doit être le degré d'"ingérence" de l'administration dans la liberté personnelle des détenus pour prévenir de tels comportements et quelle est sa responsabilité si l'événement se produit. Il est vrai que tout acte autoagressif relève du libre choix de chacun, incarcéré ou non. Mais ce choix est-il en l'espèce vraiment libre et éclairé ?[1947] En ce qui nous concerne, nous pensons que l'administration doit mettre en œuvre les moyens susceptibles de prévenir la réalisation de tels actes. Dans le même sens, nous estimons que l'intervenant qui craint qu'ils ne surviennent, quelle que soit sa qualité, devrait en informer ses collègues pour trouver ensemble et avec le détenu concerné les moyens qui puissent y pallier.

S'agissant de la deuxième conduite, le comportement hétéroagressif, il concerne le détenu qui profère de sérieuses menaces d'attenter à la vie d'autrui ou qui présente de sérieux signes allant dans ce sens. Nous sommes d'avis que l'intervenant auquel sont confiés de telles intentions, ou qui observe lesdits signes, devrait les rapporter à ses collègues impliqués dans la prise en charge du détenu concerné, afin qu'il soit fait échec à leur concrétisation[1948]. Préalablement toutefois, l'intervenant devrait en informer le détenu.

[1943] BOURGOIN (2001), pp. 131s. GUILBERT (2001) identifie d'autres « *partenaires-cibles* » directement visés par le refus de s'alimenter, tel qu'un proche. Pour une synthèse des principaux motifs de protestation et/ou de revendication lié à ce refus, déclinés par rapport aux entités ou personnes visées, voir le tableau dressé par cet auteur en p. 98.

[1944] Pour souligner la démarche revendicatrice, certains auteurs préfèrent recourir à l'expression « *jeûne de protestation* » à la place de la formule « *grève de la faim* », comme le rappelle RESTELLINI (1989), p. 393. HIVERT/RIBON (1970), p. 637 lui substituent quant à eux l'expression « *refus d'alimentation* ».

[1945] L'expérience des soignants en atteste. Par exemple, pour GRAVIER (1997), p. 233 « *leur fréquence et leur gravité sont directement corrélées à la dureté des conditions de détention, au rétrécissement des espaces d'échange et de parole, au sentiment d'indignité que procure l'incarcération* » ; réflexion poursuivie in : GRAVIER (1998), pp. 285s.

[1946] HIVERT/RIBON (1970), p. 635; CASILE-HUGUES (1994), p. 257.

[1947] A ce propos, cf. LAMOTHE (1997), p. 158 et RIKLIN (2002), p. 59 et pp. 62s. MALEMPRE (2001), pp. 110s résume cette tension entre le "laisser-faire" et la prévention de ces actes et conclut que « *de cet état de fait paradoxal émerge une certitude : le passage à l'acte quel qu'il soit, ne doit pas être "provoqué" par le fonctionnement carcéral dans son ensemble, et si - comme on pourrait légitimement le penser -, c'est malgré tout le cas, l'administration pénitentiaire devrait être à même de prévoir la mise en place de mesures de prévention (…)* ». Dans le même sens, cf. TRECHSEL (2004*a*), pp. 106-110, lequel restitue la réflexion de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la délimitation de l'obligation positive de l'Etat d'intervenir à titre préventif dans ce type de situations, dans le respect de la liberté personnelle de l'intéressé. Voir enfin MARTIN J. (2002), p. 1283 qui se questionne sur l'éventuelle interruption contrainte de la grève de la faim d'une personne au nom de « *l'intérêt imminent* » d'autrui, par exemple ses enfants.

[1948] Dans le même sens, cf. par. 32 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

Plusieurs textes supranationaux admettent des atteintes à la vie privée *via* la violation d'un secret professionnel, dès lors qu'il convient de prévenir une infraction et/ou de protéger la vie ou l'intégrité de la personne concernée ou d'autrui[1949].

La Cour européenne des droits de l'homme s'est également penchée sur la question. Dans l'affaire *Paul & Audrey Edwards c. Royaume-Uni*[1950], elle a conclu à la violation de l'art. 2 CEDH en raison d'une série de dysfonctionnements - notamment liés au non partage de certaines informations privilégiées - ayant mené au décès de Christopher Edwards dans la prison préventive de Chelmsford. Les conclusions de la Cour s'appliquent *mutatis mutandis* à toute situation analogue susceptible de se présenter en exécution de peine privative de liberté. Les faits sont les suivants : alors que Christopher Edwards souffre de troubles psychologiques et présente un comportement particulièrement agressif, un nouveau détenu, Richard Linford, lui aussi psychologiquement perturbé et agressif, est placé dans sa cellule en raison d'un manque de place au sein de l'établissement. Durant la nuit, Linford tue son codétenu. Selon la Cour, « *des informations étaient disponibles d'après lesquelles Richard Linford souffrait d'une maladie mentale qui l'avait amené par le passé à se montrer violent et qui était suffisamment grave pour justifier une demande d'internement obligatoire, et que ces informations, combinées avec son comportement bizarre et violent lors de son arrestation et après celle-ci, démontraient que son placement dans la même cellule que Christopher Edwards recelait pour ce dernier un risque réel et sérieux (…)* ». Elle considère « *que les informations concernant le dossier médical de Richard Linford et sa dangerosité apparente auraient dû être portées à l'attention des autorités carcérales et, en particulier, des personnes appelées à décider s'il y avait lieu de placer l'intéressé dans un dispensaire ou dans une aile ordinaire de la prison avec d'autres codétenus. Or elles ne le furent pas. (…)* » Et de conclure « *que la défaillance des services impliqués en l'espèce (personnel médical, police, parquet et tribunal), qui sont restés en* ***défaut de communiquer*** [nous soulignons] *les informations nécessaires au sujet de Richard Linford aux autorités de la prison (…) révèlent une violation de l'obligation qui pesait sur l'Etat de protéger la vie de Christopher Edwards* »[1951].

Enfin, depuis 1998, la législation allemande résout également expressément ce dilemme. Le paragraphe 182 al. 2, 2e phrase *in fine* de la Strafvollzugesetz[1952] **impose** en effet aux personnes mentionnées au paragraphe 203 al. 1er ch. 1, 2 et 5 du Code pénal allemand[1953] de divulguer à la direction de l'établissement toute information scellée par leur secret professionnel susceptible de prévenir un grave danger pour l'intégrité corporelle ou la vie du détenu ou d'un tiers[1954]. Les intervenants visés par cette obligation sont notamment les professionnels de la santé et les psychologues pénitentiaires.

En droit positif suisse, la question est univoque s'agissant des intervenants astreints au seul secret de fonction : ils sont tenus d'en avertir leur supérieur hiérarchique direct. Elle se révèle

---

[1949] Cf. par exemple l'art. 10 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine en relation avec l'art. 26 al. 1er.

[1950] Affaire *Paul & Audrey Edwards c. Royaume-Uni* du 14 mars 2002 (Req. n° 46477/99), rapportée par TULKENS F. (2003), pp. 71s et TRECHSEL (2004*a*), pp. 110s

[1951] Cf. http://www.echr.coe.int/fr/Press/2002/mar/Edwardsarr%C3%AAtfpresse.htm (Communiqué du Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 mars 2002).

[1952] Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz ; StVollzG) du 16 mars 1976. Sur cette loi cf. DÜNKEL (2002).

[1953] Par. 203 (Verletzung von Privatgeheimnissen) du Strafgesetzbuch (StGB) du 15 mai 1871.

[1954] Cf. SCHÖCH in KAISER/SCHÖCH (2002), p. 341, n°228 et p. 343, n°235; CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (2002), pp. 816, n°7.

en revanche plus complexe pour le médecin et ses auxiliaires, lesquels sont également astreints au secret médical. Théoriquement, le soignant doit à ces occasions se conformer au mécanisme de levée de son secret médical ou, à l'appui de sa violation, invoquer l'article 32 CP, voire, en dernière extrémité, l'état de nécessité.

La procédure de levée du secret prévue à l'article 321 CP s'avère à notre sens trop lourde en l'espèce, et dès lors inadaptée à des situations "incarcérées" de mise en danger. Qu'ils soient auto- ou hétéroagressifs, ces comportements traduisent un important malaise. Ils mettent non seulement en péril l'intégrité ou la vie d'une ou plusieurs personnes, mais également l'équilibre fragile sur lequel repose la vie institutionnelle et interpersonnelle. Il devrait dès lors revenir à l'ensemble du personnel de se montrer vigilant - et non suspicieux - pour anticiper tout passage à l'acte. Une formation adéquate destinée à le sensibiliser à d'éventuels signes précurseurs pourrait l'y aider[1955]. Une communication de qualité entre les membres du personnel et le détenu, mais aussi entre tous les intervenants, s'avère toutefois le meilleur moyen de prévenir certains actes, sinon irréparables, à tout le moins très dommageables[1956]. Par conséquent, nous pensons nécessaire que l'intervenant qui vient à observer ou recueillir des renseignements sur de telles conduites devrait être tenu de communiquer ses observations aux autres professionnels impliqués dans la prise en charge médico-psycho-sociale des détenus concernés, après en avoir informé l'intéressé. Les renseignements restitués devraient néanmoins l'être dans des conditions de discrétion, par exemple dans le cadre d'un colloque réunissant les représentants de chaque unité impliquée qui se chargeraient alors de transmettre l'information à leurs collaborateurs investis de l'encadrement du détenu concerné. Nous verrons ultérieurement de quelle manière il est possible de penser l'articulation du secret avec une telle obligation de restitution.

La situation du détenu qui porte les marques de mauvais traitements manifestement infligés par un/des tiers (codétenu(s) et/ou membre(s) du personnel)[1957] doit en revanche être clairement distinguée des cas précédents si les agresseurs ne sont pas connus. Ici, le médecin doit procéder dans un premier temps à un constat médical (ou « *constat de lésions traumatiques* »)[1958]. Ce constat ne devrait selon nous être communiqué qu'avec le consentement de l'intéressé, lequel peut craindre en effet des représailles dès lors qu'il existe de fortes chances que l'administration souhaite à sa connaissance entamer une enquête[1959]. Le médecin devrait donc préalablement discuter avec lui des mesures susceptibles d'être prises, et la volonté du patient-détenu de ne pas dévoiler le nom de ses agresseurs être respectée. Il conviendrait absolument cependant de l'en éloigner. Si le détenu y consent, le médecin pourrait par exemple procéder à une demande de transfert dans un nouvel établissement. Dans ce cadre, seules « *les informations utiles et nécessaires à l'objectif poursuivi* »[1960] seraient révélées à la direction, selon des modalités fixées d'entente avec le détenu. Si ce dernier consent en revanche à l'ouverture d'une enquête interne pour déterminer les responsabilités, une expertise sur sa personne pourrait être indiquée, mais ne devrait être effectuée que par un médecin tiers, ainsi que nous le suggérerons par la suite.

[1955] MORON (2004), p. 675.
[1956] HIVERT (1970), p. 374.
[1957] Sur cette question, voir les règles 11.1 à 11.4 des Directives de l'ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues. Pour un cas concret, cf. VONLANTHEN ROTH (1997), pp. 121s.
[1958] BERTRAND/LA HARPE (2003), p. 379.
[1959] Dans le même sens, cf. les par. 30 et 31 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.
[1960] Il convient de reprendre ici les recommandations de BERTRAND/LA HARPE/MARTIN/PLAUT (1995), pp. 11s, quelles que soient les circonstances de la survenance de l'agression.

4.2.3.2 Information liée à la préparation ou à la commission d'une infraction

Il est des situations dans lesquelles le détenteur d'un secret peut particulièrement osciller entre son devoir de garder le silence et son obligation de révéler. Ainsi en est-il lorsqu'il acquiert auprès d'un détenu, dans l'exercice de ses fonctions et/ou de sa profession, la connaissance de la préparation ou de la commission antérieure d'une infraction. Dans le premier cas de figure, l'infraction est susceptible de concerner les codétenus et le personnel et de mettre en péril leur intégrité, voire leur vie. Dans le deuxième cas, il peut s'agir d'un acte punissable perpétré dans le passé mais demeuré impuni, qui peut en outre l'avoir été tant à l'extérieur des murs qu'en leur sein, par exemple aussi à l'occasion d'une précédente incarcération.

Si la situation à nouveau est univoque pour les intervenants astreints au seul secret de fonction, lesquels se doivent donc de répercuter de telles informations à leur supérieur direct, nous avons pu constater que des doutes sur la question demeurent encore du côté des soignants. La coexistence des deux régimes juridiques de secret auxquels ils sont tenus participe de leur embarras. Il serait dès lors opportun de définitivement clarifier la situation.

A l'instar des informations liées à l'état d'un détenu qui présente un risque pour lui-même ou pour autrui, nous sommes d'avis que la connaissance d'une infraction en devenir mériterait d'être partagée avec les autres intervenants lorsqu'elle présente précisément - et uniquement dans ce cas - elle aussi une mise en danger sérieuse[1961]. Nous envisagerons ultérieurement de quelle façon il est possible de concilier l'obligation de confidentialité du médecin et de ses auxiliaires avec celle de dénoncer des actes préparatoires à la commission d'une infraction susceptible de mettre l'intégrité corporelle ou la vie d'autrui en péril. S'agissant en revanche de l'infraction déjà perpétrée, nous pensons qu'il revient à l'intervenant d'agir *in casu* au plus près de sa conscience, après avoir pesé les intérêts en présence, puisque le danger s'est réalisé.

4.2.4 Au regard de l'exécution proprement dite de la peine privative de liberté

Plusieurs décisions fondamentales jalonnent l'exécution de la peine. Il importe de revenir succinctement sur certaines d'entre elles, car elles revêtent une importance considérable au regard de notre problématique, dès lors qu'elles sont susceptibles d'impliquer la révélation d'un secret. Tel est le cas en particulier des décisions relatives aux modalités et à l'interruption de l'exécution de la peine, lesquelles, conformément aux règles concordataires, reviennent aux entités désignées par le canton du jugement[1962]. Leur dénominateur commun est que toutes se fondent en partie sur des **préavis** formulés à la lumière d'une somme d'informations concernant le détenu, informations recueillies par une pluralité d'intervenants. Les préavis dont il est question mobilisent en effet plusieurs interlocuteurs différents qui connaissent le détenu chacun sous un angle distinct et dont l'appréciation le concernant est essentielle à la reddition d'une décision ultérieure qui soit dite « *éclairée* ». La participation des intervenants soumis au secret de fonction à l'élaboration de ces préavis ne pose en droit pas de problème particulier, puisqu'ils sont de par la loi habilités à dévoiler ces informations. Cette concertation questionne en revanche avec une acuité particulière le secret

[1961] Dans le même sens, cf. les par. 32 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.
[1962] Art. 18 du Concordat de la Suisse romande et du Tessin.

médical auquel le médecin et ses auxiliaires sont tenus, puisqu'elle implique implicitement qu'ils y dérogent.

4.2.4.1 S'agissant de l'opportunité de l'octroi de modalités d'exécution de peine

Toutes les décisions relatives aux modalités d'exécution de peine sont censées reposer en partie sur les observations des différents intervenants investis de la prise en charge psycho-médico-sociale du détenu concerné. Par exemple, les décisions relatives à l'opportunité de l'octroi d'un congé, d'un passage au régime de fin de peine (régime ouvert, semi-liberté, arrêts domiciliaires sous surveillance électronique), d'un transfert "non coercitif" (soit *sollicité* par le détenu, soit nécessaire pour un placement en régime ouvert) et d'une libération conditionnelle, devraient donc toutes faire l'objet d'appréciations "croisées" de la situation de l'intéressé[1963]. Deux de ces institutions en particulier retiendront ici notre attention : les congés et la libération conditionnelle.

La procédure d'octroi d'un **congé** pour une personne incarcérée dans un établissement du Concordat romand est réglée par le Règlement concernant l'octroi d'autorisations de sortie aux personnes condamnées adultes de la Conférence latine des chefs des Départements de justice et police[1964]. Le congé ne constitue pas un droit pour le détenu, mais un moyen parmi d'autres de maintenir ses liens avec l'extérieur et préparer sa libération (recherche d'un logement, d'un emploi, renouer avec ses proches, etc.)[1965]. Il s'apprécie au regard de l'objectif de « *prévention générale et spéciale de la condamnation* » et de la « *sécurité de la collectivité* »[1966]. Plusieurs conditions, formelles et matérielles, doivent être réunies pour permettre à l'intéressé de sortir temporairement de l'enceinte carcérale[1967]. Ainsi, le détenu « *primaire* » peut solliciter l'obtention d'un congé après avoir subi un tiers de sa peine, mais « *au plus tôt après un séjour de deux mois dans l'établissement* », alors que le détenu récidiviste peut le requérir « *au plus tôt après un séjour de trois mois* ». L'octroi d'un congé est en outre subordonné à plusieurs conditions matérielles cumulatives, parmi lesquelles la requête de l'intéressé, la preuve de ses « *efforts de resocialisation* » et de la légitimité de « *la confiance accrue qu'il sollicite* », ainsi que la compatibilité du congé avec le « *besoin de protection de la collectivité* »[1968]. S'agissant de la fréquence de son octroi, en principe, le détenu primaire peut obtenir un congé tous les deux mois, alors que le détenu récidiviste peut y accéder tous les trois mois. Quant à sa durée, elle varie selon les circonstances. Elle est de vingt-quatre heures en règle générale et peut s'étendre, progressivement, jusqu'à cinquante-quatre heures consécutives[1969].

[1963] « *Devraient* » car il ressort de nos entretiens que tel n'est pas toujours le cas, au risque que soient rendus des préavis en partie erronés.

[1964] Règlement (n° R-5/1) concernant l'octroi d'autorisations de sortie aux personnes condamnées adultes du 27 octobre 2003. Il convient d'emblée de distinguer le congé dont il est ici question de ceux, spéciaux ou circonstanciels, octroyés pour une occasion exceptionnelle (pour assister à un enterrement, par exemple), et des conduites accompagnées (par exemple sur le lieu d'une potentielle activité professionnelle).

[1965] Arrêt 1P.84/1997 du 28 février 1997, non publié.

[1966] Art. 1er al. 2 et 3 du Règlement n° R-5/1.

[1967] Elles sont peu ou prou analogues aux conditions d'accès au régime de fin de peine. Cf. l'art. 4 du Règlement (n° R-2/1) concernant le régime progressif de l'exécution des peines et de l'internement des délinquants d'habitude du 27 octobre 2003.

[1968] Art. 2 du Règlement n° R-5/1.

[1969] Art. 3 du Règlement n° R-5/1. Cf. également l'art. 7 dudit Règlement s'agissant de la situation à cet égard particulière des détenus en régime de fin de peine.

En vertu de l'article 22 du Concordat romand et de l'article 5 al. 1er du Règlement précité, la direction de l'établissement a l'obligation de préaviser toute requête de congé sur laquelle aura à se prononcer l'autorité désignée du canton de jugement. Le directeur de l'établissement et/ou ses adjoints chercheront dès lors à recueillir auprès du personnel en contact avec le détenu concerné toutes les informations nécessaires à la rédaction de leur préavis.

La procédure suivie pour décider de l'octroi d'une **libération conditionnelle**[1970] constitue un deuxième moment-clef du parcours carcéral du détenu où se joue l'opportunité de la révélation d'informations confidentielles le concernant.

L'autorité compétente en matière de libération conditionnelle, de même que la procédure y relative, diffèrent dans chaque canton[1971]. Très grossièrement, la décision peut revenir au chef du département en charge des affaires pénitentiaires et/ou - en fonction de la durée de la peine infligée - directement à une commission pluridisciplinaire de libération conditionnelle. Dans le premier cas de figure, la commission de libération conditionnelle intervient en principe de toute manière puisque le Conseiller d'Etat se fonde pour se déterminer sur l'avis de cette dernière, lequel découle de l'examen d'un faisceau d'informations parmi lesquelles le préavis de la direction de l'établissement[1972]. Certains cantons ont en outre institué une commission spécifiquement destinée à se pencher sur les situations les plus délicates, en particulier celles concernant les condamnés à une mesure privative de liberté et, plus généralement, celles concernant les détenus présentant des « *risques pour la collectivité* ». Ainsi le canton de *Vaud* s'est-il doté en 1994 d'un organe « *d'aide à la décision* », de conseils et de « *supervision* »[1973], en la Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychiatrique (CIC)[1974]. Dans le même esprit, le

[1970] Nous limiterons notre examen à la libération conditionnelle consécutive à une *peine* privative de liberté.
[1971] Pour un examen approfondi, mais qui remonte à plus d'une décennie, cf. MONTI (1994).
[1972] Pour un aperçu des principales bases légales en la matière, voir notamment pour le canton de *Fribourg* : l'art. 16 al. 1er de la Loi d'application du code pénal du 9 mai 1974 (RSF 31.1) et l'Arrêté concernant la Commission consultative de libération conditionnelle du 27 janvier 1975 (RSF 340.32) ; pour le canton de *Genève* : l'art. 8 al. 3 et 4 (compétence du Département) et l'art. 8A de la Loi d'application du code pénal et d'autres lois fédérales en matière pénale du 14 mars 1975 (RSG E 4 10), les art. 4A-8 de la Loi sur l'exécution des peines, la libération conditionnelle et le patronage des détenus libérés du 22 novembre 1941 (RSG E 4 50) et les art. 1-9 du Règlement sur la libération, la réintégration et le patronage des condamnés et des internés du 10 mars 1942 (RSG 4 50 12); pour le canton du *Jura* : l'art. 23 al. 2 de la Loi sur l'introduction du Code pénal suisse du 9 novembre 1978 (RSJU 311) et les art. 9-10 de l'Ordonnance concernant l'exécution des peines privatives de liberté et mesures, la libération conditionnelle et le patronage à l'égard d'adultes du 9 septembre 1980 (RS 341.11) ; pour le canton de *Neuchâtel* : l'art. 277 ch. 5 (compétence du Département) et les art. 278-279*a* du Code de procédure pénale neuchâtelois du 19 avril 1945 (RSN 322.0) ; pour le canton de *Vaud* : le Règlement pour la Commission de libération du 26 février 1997 (RSVD 340.01.3), les art. 36 à 49 et 76 à 76j (s'agissant des voies de recours contre les décisions de ladite commission) de la Loi sur l'exécution des condamnations pénales et de la détention préventive du 18 septembre 1973 (RSVD 340.01) et pour le canton du *Valais* : le Règlement fixant l'organisation et le fonctionnement de la commission de libération conditionnelle du 26 mars 1997 (RSVS 340.210). Pour une analyse empirique portant sur la pratique des autorités cantonales compétentes pour libérer conditionnellement, cf. GRABER (1987), pp. 29-33 et pp. 37-40 pour des données récoltées en 1986 et LANGUIN/SARDI (1994) pour une étude menée en 1990. S'agissant de la pratique des autorités cantonales compétentes pour prononcer sa révocation et en particulier les principales causes conduisant à la réintégration, cf. GRABER (1987), pp. 34s et pp. 40s pour l'année 1986, et LINIGER (1994), pour l'année 1990.
[1973] VALLOTTON (1998), p. 44; BAECHTOLD (2000*b*), p. 329.
[1974] Règlement sur la Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychiatrique du 15 juin 1994 (RSVD 340.01.2). Plusieurs cantons alémaniques se sont également dotés de commissions d'experts (*Fachkommission*), préposées notamment à l'évaluation des délinquants qualifiés de « dangereux ». Dans les cantons de Berne et ceux du Concordat de la Suisse orientale en particulier, elles ont été instituées à l'issue de graves événements : l'assassinat dans le Bremgartenwald d'une jeune femme

canton du *Valais* a institué une commission pour l'examen de la dangerosité[1975]. Composée des membres de la commission de libération conditionnelle cantonale, du médecin-directeur des Institutions psychiatriques du Valais romand et d'une doctoresse ou d'une psychologue de la commission cantonale d'aide aux victimes d'infractions, elle intervient à titre consultatif également[1976]. Ses missions consistent en l'examen de la « *dangerosité* » des personnes condamnées énumérées à l'article 3 al. 2 de son Règlement et en la reddition consécutive de préavis destinés « *aux autorités pour toutes les décisions d'exécution pouvant mettre en jeu la sécurité publique* »[1977].

La libération conditionnelle n'est ni un droit, ni une faveur. Elle est en revanche une modalité d'exécution de la peine privative de liberté destinée à faciliter la (ré)insertion individualisée[1978] du détenu dans la collectivité et dont l'octroi doit être considéré comme la règle[1979]. L'autorité compétente statue d'office[1980] sur la libération conditionnelle d'un détenu aux deux-tiers de sa peine, mais au plus tôt trois mois après sa condamnation, ou quinze ans si une peine privative de liberté à vie a été prononcée à son encontre[1981]. Plusieurs conditions matérielles doivent en outre être réunies pour son octroi. En particulier, le détenu doit avoir apporter la preuve qu'il s'est bien comporté durant son incarcération - en d'autres termes, avoir fourni des efforts de (re)socialisation -[1982], et l'autorité compétente prédire de sa conduite adéquate en liberté (pronostic favorable)[1983]. Une condition *praeter legem* vient encore s'y ajouter, à savoir que le détenu ne doit pas avoir déjà trahi la confiance placée en lui antérieurement[1984].

Il convient dès lors que soient réunies toutes les informations concernant l'intéressé pour rendre une décision éclairée et motivée[1985]. Dans cette perspective, l'autorité compétente recueille on l'a vu notamment le préavis de la direction de l'établissement, qui constitue un

---

par une personne privée de sa liberté à des fins d'assistance mais séjournant en foyer ouvert, et celui d'une jeune scoute par un détenu en congé, dans la forêt zurichoise du Zollikerberg. Sur les tâches, la composition et le fonctionnement des commissions "alémaniques", leurs écueils et/ou leur efficacité et les controverses qu'elles suscitent, lire en particulier PFRUNDER (1998); HAAS/RINDLISBACHER (2000); BAECHTOLD (2000*b*); STRATENWERTH (2002*a*); BRUNNER M. (1999) et (2002), pp. 280-286 ; WIRTHLIN (2003). Cf. également les art. 115 à 122 de l'Ordonnance bernoise sur l'exécution des peines et mesures du 5 mai 2004 (RSB 341.11) s'agissant de la *Commission bernoise d'évaluation de la dangerosité de personnes prévenues, condamnées ou internées* et les Richtlinien über den Vollzug von Freiheitsstrafen an gemeingefährlichen Straftätern und Straftäterinnen du 16 avril 1999, s'agissant de la *Fachkommission des Ostschweizer Strafvollzugskonkordats zur Überprüfung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern und Straftäterinnen*.

[1975] Règlement concernant l'examen des condamnés présentant un risque accru du 9 avril 1997 (RSVS 340.211).

[1976] Art. 1er al. 2 et art. 3 al. 1er dudit Règlement.

[1977] Art. 8 al. 1er dudit Règlement.

[1978] Aux termes du ch. 1 de l'Annexe à la Recommandation n° R(2003)22 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la libération conditionnelle, adoptée par le Comité des Ministres le 24 septembre 2003 lors de la 853e réunion des Délégués des Ministres, la libération conditionnelle est « *la mise en liberté anticipée de détenus condamnés, assortie de conditions individualisées après leur sortie de prison* ».

[1979] BOLLE (1975*b*), p. 264; HUG in DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER (2004), ad art 38, p. 113; ATF 124 IV 193, 198 et ATF 125 IV 113, 115.

[1980] L'examen d'office a été introduit par la révision partielle du Code pénal du 18 mars 1971. Cf. FF 1965 I 569, 575.

[1981] Pour le calcul des deux tiers de la peine, cf. art. 2 al. 5 à 8 OCP 1.

[1982] ATF 119 IV 5, 7.

[1983] Art. 38 ch. 1er CP. Sur ces conditions, cf. STRASSER (1994), pp. 145-147 et jurisprudence citée.

[1984] BOLLE (1975*b*), p. 257 et jurisprudence citée.

[1985] Sur l'évolution des exigences jurisprudentielles relatives à la motivation de la décision de libération conditionnelle, cf. BOLLE (1975*b*), pp. 264s; MEYER JACQUES (1993), p. 359.

« *rapport de conduite* » du détenu[1986]. C'est donc précisément dans ce cadre que la direction est amenée à s'enquérir du comportement de l'intéressé auprès de ses collaborateurs.

Dans notre système latin[1987] plutôt administratif de libération conditionnelle[1988], la décision de libérer conditionnellement un détenu repose en grande partie sur le bilan de son séjour en détention. Toutes les personnes impliquées dans la prise en charge du détenu concerné sont dès lors censées participer en amont à l'élaboration de la décision y relative. Les objectifs assignés à l'exécution de la peine privative de liberté ne laissent que peu de place aux intervenants pour décliner l'invitation à ce partage de points de vue. Des informations scellées par le secret médical sont dès lors susceptibles d'être à ces occasions dévoilées.

4.2.4.2 A l'occasion de l'interruption de l'exécution de la peine

En vertu de l'article 40 CP, certains motifs « *graves* »[1989] relatifs à l'état de santé[1990] d'un détenu peuvent justifier l'interruption de l'exécution de sa peine[1991] et son placement dans un hôpital, un hospice ou toute autre institution adéquate[1992]. La durée de son séjour est imputée sur la peine, à moins que ce placement ne résulte d'une cause antérieure à la privation pénale de liberté[1993] ou d'une manœuvre « *frauduleuse* » de l'intéressé. La suspension de l'exécution de la peine est généralement provisoire et l'exécution reprise ultérieurement, lorsque la cause ayant motivé son octroi a disparu[1994]. La décision d'interruption revient à l'autorité désignée du canton du jugement[1995] qui se fonde notamment sur le rapport de la direction de l'établissement concerné[1996]. Pour l'établir, cette dernière se voit dans l'obligation de mobiliser les intervenants impliqués dans l'encadrement du détenu concerné ; en particulier forcément les soignants. Il faut donc admettre ici aussi que « *l'indépendance du médecin et le*

[1986] BAECHTOLD in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 467, n°24.

[1987] C'est-à-dire romand et tessinois, puisqu'il est un canton alémanique, la Thurgovie, qui érige *le juge* compétent pour prononcer la libération conditionnelle.

[1988] Suivant la terminologie adoptée par FATTAH (1995), pp. 60-66, lequel dégage trois modèles distincts de « *libération conditionnelle discrétionnaire* », à savoir : le modèle « *judiciaire* », le modèle « *administratif* » et le modèle « *d'une autortié autonome non judiciaire* ».

[1989] Sur cette notion, cf. KNECHT (1999), p. 32; BAECHTOLD in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), pp. 485s, n°8-11.

[1990] Il faut en effet admettre avec PERRIN M. (2002), p. 342 une interprétation restrictive de la « *nature* » du motif grave justifiant une interruption de l'exécution de la peine.

[1991] Cf. notamment les ATF 106 IV 321 ; 108 Ia 69 et 116 Ia 420. Voir également BJP 1/1997, n°177, p. 6 ; BJP 1/1998, n°338, p. 5 ; BJP 2/2000, n°748, p. 42. Pour qu'elle soit ordonnée, le TF impose donc que la maladie entraîne une « *incapacité durable* » de subir l'exécution de la peine. Aussi, le fait que le détenu soit par exemple toxicomane ou atteint du sida ne justifie pas forcément une interruption de l'exécution de sa peine. Il sera maintenu en prison aussi longtemps qu'une prise en charge médicale adéquate, compatible avec la détention et humainement tolérable pourra lui être administrée en les murs et que l'existence d'un risque sérieux et imminent de décès n'est pas médicalement établi. Dans le même sens, des craintes de suicide, d'automutilation grave, voire une dépression persistante ne suffisent pas forcément à justifier l'interruption. Notons par ailleurs que la CEDH ne garantit aucun droit à l'interruption : le condamné qui souffre d'une maladie grave ne peut la solliciter qu'en vertu de l'art 40 CP.

[1992] Pour des exemples, cf. SURBER (1998), pp. 64s.

[1993] FF 1965 I 569, 583. L'exécution de la peine infligée à une personne présentant une maladie avant son entrée en détention est réglée par les cantons en vertu de l'art. 6 OCP 1.

[1994] Pour des cas d'application réels, cf. VONLANTHEN ROTH (1997), pp. 87ss.

[1995] Par exemple, le procureur pour le canton de *Genève* (art. 370 al. 3 du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977 ; RSG E 420) et sur décision du Département de la justice, de la sécurité et des finances dans le canton de *Neuchâtel* (art. 287 du Code de procédure pénale neuchâtelois du 19 avril 1945 ; RSN 322.0).

[1996] Art. 18 et 22 du Concordat romand.

bon exercice de ses responsabilités sont inséparables d'une collaboration avec l'administration », et inversement[1997].

En conclusion, qu'il s'agisse des préavis de la direction établis en vue de l'opportunité de l'octroi d'une modalité d'exécution de peine, ou de la concertation précédant une interruption de l'exécution de la peine, plusieurs des intervenants impliqués dans l'encadrement du détenu concerné sont amenés à s'exprimer et à échanger leurs points de vue. C'est en partie sur la base de leurs avis que l'autorité compétente pourra se déterminer sur la mesure à prendre. Les intervenants invités à restituer dans ce cadre leurs observations contribuent donc en amont à l'élaboration de la décision. Leur opinion est indispensable pour nuancer le regard porté sur l'intéressé. Si l'exercice revenait à une seule entité, il serait à coup sûr empreint de subjectivité. Le concours de chacun à l'établissement de ce regard "croisé" est donc essentiel pour pallier une vision morcelée, susceptible au demeurant d'être dictée par des impératifs de sécurité uniquement.

Nous admettons qu'il s'agit là d'un jeu périlleux. Chaque contribution est en effet façonnée par l'expérience de chacun, sa « *position idéologique personnelle* »[1998] et son rapport au détenu concerné par la procédure. Elle l'est également par sa conception de la peine et de son propre rôle - même indirect - dans son exécution. Tous doivent néanmoins se garder d'adopter ici une attitude de « *moraliste* » ou de « *pénaliste* »[1999]. Seule est requise leur vigilance professionnelle. Et seule cette pluralité de professionnalismes peut faire émerger une représentation globale et objective de la situation du détenu concerné.

Relativement à la position particulièrement délicate du soignant convoqué à ces occasions, nous sommes d'avis qu'elle n'est pas ici celle d'un expert mandaté pour infirmer ou confirmer une mesure par la remise d'une (contre-)indication médicale. Elle est celle d'un professionnel de la santé qui a côtoyé le détenu et dont les compétences médicales et sociales sont sollicitées au même titre que le sont celles des autres intervenants. Certes, des informations privilégiées acquises en raison de sa qualité de soignant et/ou de l'exercice de sa profession seront dans ce cadre en partie restituées. Ce n'est cependant pas le « *noyau dur* » du secret professionnel qui est ici visé, mais la recherche d'un savoir partiel qui doit s'ajouter aux autres, dans le prolongement des actes préparatoires à la libération définitive du détenu[2000]. Tel n'est précisément pas le cas de la situation du médecin-expert décrite auparavant, dans la mesure où ses compétences techniques sont sollicitées pour déterminer et apprécier une situation précise et isolée.

Le contexte diffère dès lors sensiblement de celui dépeint précédemment. Ici, le concours du médecin s'inscrit à part entière dans le processus de prise en charge de la personne incarcérée. Il rejoint un protocole qui nécessite pour être concrétisé la réunion de tous ceux qui y sont engagés. Il n'est pas question en l'espèce d'une prise de décision résultant d'une évaluation, mais d'un travail de synthèse commun, pour une radiographie objective de la situation du détenu à un moment donné. Les observations et l'avis du médecin constituent certes une aide incontournable à la décision, mais c'est à la direction qu'il appartient de rédiger le préavis et à

[1997] BERNHEIM J. (1980), p. 417.
[1998] BARLET (1998), p. 281.
[1999] Cf. à ce propos FRANÇOIS (1979), lequel se montre particulièrement sceptique à l'égard de ce type de réunions du personnel et de ce qu'il en est fait.
[2000] DARBÉDA (1989), p. 366.

l'autorité compétente que revient la prise de décision ultime, par une évaluation d'un ensemble de données conjuguées[2001].

Pour autant, délivrer des informations médicales dans le cadre de cette concertation viole théoriquement le secret professionnel. Sinon le consentement du détenu concerné - dont il y a de fortes chances qu'il soit imparfait et rarement libre -, il n'est pas de motifs justificatifs spéciaux, légaux ou extralégaux reconnus qui puissent légitimer une telle dérogation. En particulier, l'article 32 CP ne vise pas des situations qui présentent un caractère répétitif et les conditions de l'article 34 CP ne sauraient dans ce cadre être remplies. Il conviendrait dès lors définitivement de clarifier la participation du soignant à ce type de concertation ; participation incontournable dès lors qu'il est reconnu que seule une image globale du détenu peut éviter des préavis très approximatifs et objectivement discutables. Il serait donc indispensable notamment que le concours du médecin soit précisément délimité et que son patient soit clairement informé de son rôle en la matière, ainsi que nous le préconiserons ultérieurement. Par ailleurs, parmi les informations ainsi recueillies, une place de choix devrait être attribuée à l'audition du détenu, non seulement au moment de l'examen de son dossier[2002], mais également en amont, dans le cadre de sa préparation. Nous pensons donc qu'en cours de l'élaboration du préavis en particulier, le détenu concerné devrait être systématiquement entendu, dans le même esprit que le suggère le concept de « *participation active* » prévu par le Code pénal révisé.

4.3 Une situation conflictuelle type : la gestion des cas de séropositivité en prison

A l'instar des conflits éthiques et des controverses juridiques qu'elle suscite au sein de la société libre[2003], l'apparition en milieu carcéral de la pandémie du sida exacerbe depuis plusieurs décennies les tensions autour du secret médical. Bien que nous maîtrisions

[2001] Parmi lesquelles notamment les rapports *ad hoc* joints au préavis de la direction, par exemple d'un médecin ou d'un socio-éducateur, et l'(es) expertise(s) psychiatrique(s). Voir par exemple les pièces requises par les art. 7 et 8 du Règlement vaudois pour la Commission de libération du 26 février 1997 (RSVD 340.01.3), lesquelles ne sont toutefois en pratique pas systématiquement remises. Sur ce point, cf. LANGUIN/SARDI (1994), pp. 98s.

[2002] Sur le droit du détenu d'être entendu dans le cadre de la procédure de libération conditionnelle, en droit positif et dans la jurisprudence du TF, cf. BOLLE (1975*b*), pp. 261-263; GRABER (1987) p. 14; ROTH (1994*b*), p. 21; BRUNNER M. (2002), p. 244; BAECHTOLD in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), pp. 457s, n°26s. L'ATF 105 IV 166 traite également des exigences relatives au droit du détenu de consulter son dossier de libération conditionnelle. MEYER JACQUES (1993), p. 360 dénonce nous pensons à juste titre l'audition du détenu par certains membres seulement de la commission de libération conditionnelle compétente (comme le veut par exemple le système vaudois qui prévoit la possibilité d'une audition par une délégation de la commission), quand bien même le TF l'admet. Notons enfin que l'art. 86 al. 2 *in fine* nCP prévoit désormais expressément l'audition du détenu, même hors les cas prévus en droit positif. Sur ce point, cf. HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER (2004), ad art. 86 nCP, p. 90.

[2003] Les professionnels de la santé et les juristes, en particulier, n'ont cessé de s'interroger sur la constellation des enjeux posés par cette épidémie aux praticiens, aux patients, aux juges et au législateur, sans pour autant qu'un véritable consensus ait été atteint sur les questions les plus délicates. Par exemple, les réponses à la question du maintien ou non du secret en présence d'un patient séropositif qui refuse obstinément de dévoiler son statut à son ou ses partenaire(s) sexuel(s), alors qu'il ne prend pas les mesures de précaution pour éviter de le(s) contaminer, et celles relatives aux conséquences pénales résultant d'un tel comportement se révèlent très contrastées. Cf. notamment LOB (1987); HUBER C. (1989); KUNZ (1990); GUILLOD/KUNZ/ZENGER (1991); MÜLLER (1991); BALAVOINE (1991); ZENGER (1993); SPINSANTI (1997); FLAHAULT-RUSCONI (1998); RITTER (2003); FLECK et ANGELL in STEINBOCK/ARRAS/LONDON (2003), pp. 117-119.

désormais les protocoles de transmission du VIH et les mesures préventives qui permettent de l'éviter, la confidentialité qui entoure les cas de séropositivité en prison demeure l'une des principales pierres d'achoppement entre les intervenants pénitentiaires, soignants et non-soignants.

4.3.1 Prison et pandémie du sida

Dès le milieu des années 1980, plusieurs textes supranationaux ont été adoptés pour lutter en les murs contre l'épidémie de sida[2004] et pour tenter d'apaiser un mouvement de contestation dans de nombreux établissements pénitentiaires européens[2005]. Ces textes émettent un ensemble de directives, dans un esprit d'équivalence avec les mesures préventives et thérapeutiques privilégiées au sein de la société libre[2006]. Ils préconisent en particulier l'amélioration de l'hygiène dans les établissements, l'instauration de programmes d'information destinés aux détenus et membres du personnel relativement aux risques de transmission du VIH, la mise à disposition des détenus de préservatifs et, s'ils le souhaitent, l'accès au dépistage gratuit et anonyme. Ils plaident aussi en faveur de la libération anticipée des détenus sidéens en fin de vie. Ils consacrent enfin l'interdiction absolue de tout acte de ségrégation sur la base de la sérologie VIH et, dans cette perspective, le respect du secret le plus absolu.

A la fin du vingtième siècle et sur la base du travail de synthèse de HAUSSER, on a pu constater qu'un certain nombre de ces recommandations avaient été prises en considération par les responsables pénitentiaires helvétiques, en conformité également avec les dispositions nationales et supranationales relatives au droit au respect de la sphère privée. A l'époque de la publication de cette étude, il n'existait par exemple pas de dépistage obligatoire (ou *systématique*) dans nos établissements[2007]. Le dépistage libre était en revanche offert, dans les grands établissements principalement et le plus souvent sur requête du détenu, sous couvert de l'anonymat[2008]. Une grande majorité des détenus avait par ailleurs accès à des préservatifs, généralement par l'intermédiaire du service médical[2009]. Certaines directives ne demeuraient en revanche encore que partiellement appliquées. Par exemple, des informations écrites sur les risques de transmission du VIH étaient certes remises aux détenus dans la plupart des

[2004] Cf. notamment les Directives de l'OMS de 1987, actualisées en 1993, sur l'infection à VIH et le sida dans les prisons ; la Recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe 1080 (1988) relative à une politique européenne coordonnée de la santé pour prévenir la propagation du sida dans les prisons, adoptée par la Commission permanente, agissant au nom de l'Assemblée, le 30 juin 1988 ; la Recommandation n° R(89)14 sur les incidences éthiques de l'infection VIH dans le cadre sanitaire et social, adoptée par le Comité des Ministres le 24 octobre 1989, lors de la 429e réunion des Délégués des Ministres ; la Recommandation n° R(93)6 concernant les aspects pénitentiaires et criminologiques du contrôle des maladies transmissibles et notamment du sida, et les problèmes connexes de santé en prison, adoptée par le Comité des Ministres le 18 octobre 1993, lors de la 500e réunion des Délégués des Ministres et, plus récemment, la Recommandation n° R(98)7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire. Pour un commentaire des premiers textes, en particulier des Directives de l'OMS (version 1987 et 1993) et de la Recommandation n° R(89)14, lire DARBEDA (1990 ; 1995).

[2005] DARBÉDA (1990), p. 821; MATHIEU (1996), p. 85; OLIVE (1998), pp. 310s.

[2006] FERAZZI/RONCONI (1993).

[2007] HAUSSER (1999), p. 27 et références citées.

[2008] HAUSER (1999), pp. 36s. Pour une comparaison chiffrée - mais peu récente car basée sur deux enquêtes menées en 1997 et 1998 - des tests VIH disponibles (ou non) dans nos établissements suisses, cf. KARGER (1999), pp. 39s.

[2009] HAUSER (1999), p. 27.

établissements[2010], mais se révélaient parfois lacunaires[2011]. Si des informations étaient aussi données aux membres du personnel, elles ne leur étaient le plus souvent transmises, en dehors de leur formation, que par écrit. Il était enfin relevé certaines disparités entre les établissements, tant dans l'accès aux soins que relativement aux mesures préconisées par les textes précités, disparités dont découlaient des inégalités de traitement entre les détenus[2012].

En l'absence d'études plus récentes, nous n'avons pu vérifier la situation actuelle que dans les établissements étudiés. Nous ne saurions dès lors en tirer des généralités[2013]. Il faut donc espérer que de nouvelles recherches seront menées en ce domaine dans un avenir proche.

4.3.2 Sida et secret médical "incarcéré"

Tel que l'exprime subtilement ESNAULT, « *par les craintes qu'elle suscite, par son histoire récente, par les mystères qu'elle recèle encore, cette atteinte à l'état de santé révèle mieux que toute autre les difficultés à garantir à l'individu le respect de ses droit élémentaires* », en particulier le droit au respect de sa sphère privée et, partant, à la confidentialité de ses données médicales[2014]. Cette affirmation prend tout son sens en milieu carcéral. Il ressort tant de nos entretiens que de la littérature[2015] que ce sont généralement les surveillants qui estiment que le statut sérologique des détenus devrait leur être révélé, alors que les soignants pénitentiaires, principalement, s'y opposent. Il est intéressant de relever que les uns comme les autres invoquent le « *droit à la non-exclusion* »[2016]. Les premiers acceptent mal d'être tenus à l'écart d'une information dont ils estiment la connaissance essentielle à la sauvegarde de leur vie et, le cas échéant, celle de leur partenaire. Les seconds, eux, craignent que la révélation de l'identité des détenus porteurs du VIH les stigmatise et entraîne d'éventuelles mesures discriminatoires à leur endroit. L'intérêt du détenu au maintien du secret de son statut sérologique s'oppose alors aux intérêts du personnel et des codétenus à connaître son état pour éviter tout risque de contamination et préserver de la sorte leur santé.

La confidentialité du médecin à ce propos se révèle généralement (très) mal vécue par les surveillants. Elle l'est d'autant plus qu'il est attendu d'eux qu'ils signalent au personnel médical tout événement susceptible de nécessiter leur intervention. Ils éprouvent dès lors une impression de non réciprocité, voire un fort sentiment d'injustice. Les propos recueillis auprès de certains trahissent cette amertume : « *on doit tout leur dire, par exemple que le détenu ne mange pas, qu'il ne discute plus, qu'il broie du noir, enfin que ça ne joue pas et eux, en retour, que font-ils…rien, ils ne nous disent rien* », dit un surveillant, tout en soulignant que « *les dangers* » sont suffisamment grands pour « *être quand même tenu au courant* »[2017]. De leur côté, les soignants demeurent absolument inflexibles, dans le respect de leur secret professionnel.

[2010] HAUSER (1999), p. 35.
[2011] HAUSER (1999), p. 9.
[2012] HAUSER (1999), p. 34.
[2013] Tout au plus pouvons-nous souligner qu'une politique de distribution généralisée de matériel d'injection stérile en milieu carcéral, alors qu'elle a fait l'objet de plusieurs projets pilotes concluants, n'a pas été concrétisée à l'échelle nationale.
[2014] ESNAULT (1995), p. 365.
[2015] Cf notamment SUEUR (1993), pp. 121s et références citées. Plus généralement, sur la question du sida en détention, cf. WELZER-LANG/MATHIEU/FAURE (1997), pp. 198ss.
[2016] LE PROUX DE LA RIVIÈRE (1991), p. 551.
[2017] Propos recueillis auprès d'un surveillant en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.

Mais qu'en est-il, concrètement, de ce « *danger* » ? Telle est la question à laquelle SCHERRER et BOILLAT ont récemment cherché à répondre[2018]. Pour ce faire, ils ont dégagé une typologie triptyque du risque d'exposition professionnelle à une maladie transmissible par le sang[2019], à savoir : le risque « *réalisé* », qui concerne la survenance de l'incident, le risque « *ressenti* », qui renvoie à la perception du risque par la personne questionnée et le risque « *accompli* », qui révèle la contamination. Menée par questionnaires dans les établissements du canton de Vaud, leur recherche a clairement confirmé l'exposition du personnel de surveillance à ce type d'atteinte à la santé. S'agissant du risque « *réalisé* », un tiers des surveillants affirmait avoir au moins une fois déjà été en contact avec le sang d'un détenu. Le risque « *ressenti* » était particulièrement important, puisque plus de deux tiers des surveillants disaient craindre de se voir infecter. Le risque ne s'était toutefois jamais « *accompli* », puisque aucune séroconversion n'avait fort heureusement été établie.

Cette étude atteste donc que le risque demeure bien réel ; aussi convient-il de prendre les mesures de prévention qui s'imposent et de développer chez les intervenants des réflexes spontanés en cas de survenance d'un événement les exposant à un risque d'infection.

Dans cette optique, l'information constitue l'instrument essentiel parmi toutes les mesures préventives concrètes identifiées par HARDING[2020]. Comme tel est déjà le cas dans certains établissements, des directives internes claires, qui mentionnent les mesures de protection et d'hygiène indispensables à la prévention du VIH[2021], doivent être distribuées par écrit à l'ensemble de la communauté pénitentiaire, détenus et intervenants, afin que tous les respectent. Ces directives doivent être régulièrement rappelées par oral. Elles peuvent l'être dans certains établissements avec l'aide d'une entité externe. Par exemple, l'Antenne Sida du Valais Romand collabore avec les travailleurs sociaux des prisons du canton. Un soignant de l'établissement peut également être mobilisé pour expliquer aux uns et aux autres, dans le cadre par exemple de formations ou de séances d'information internes, les règles de précaution minimales à prendre[2022]. Certains cantons prévoient également l'intervention ponctuelle d'un professionnel de la médecine du travail, qui passe dans les établissements pour former et répondre aux questions des intervenants non-soignants[2023]. Enfin, au niveau individuel, il est indispensable que le médecin rappelle ponctuellement au détenu séropositif les enjeux de son infection, de façon compréhensible et détaillée.

Il ne s'agit pas ici de relativiser la gravité de l'épidémie du sida en les murs, ni l'importance des représentations qu'elle suscite, mais d'agir en amont, dans un esprit de cohésion et de coordination entre les services, pour éviter qu'elle ne provoque de sérieuses - et souvent démesurées - inquiétudes et alimente un « *jeu sur le savoir [qui] contribue à la reproduction*

[2018] SCHERRER/BOILLAT (2001).
[2019] En particulier, l'hépatite B.
[2020] HARDING (1988), pp. 30s. Mesures réitérées par BERTRAND D. (1989), pp. 46-51.
[2021] Par exemple, pour les détenus, le recours systématique au préservatif lors de relations sexuelles consommées tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des murs, notamment lors de congés. Pour le personnel, le port de gants dans toutes situations délicates qui présentent autant de risques d'exposition (typiquement, durant les fouilles, en cas d'auto- et hétéroagressions et d'accidents, notamment de travail) et la vaccination, par exemple contre l'hépatite B. Sur ces mesures de précaution, lire SCHERRER/BOILLAT (2000 ; 2001). Pour LHUILIER/AYMARD (1997), p. 96 en revanche, la « *recommandation du port de gants n'atténue pas les difficultés. Au contraire, car cette protection, en tant que rappel de la menace, actualise celle-ci, que ce soit dans les fantasmes individuels ou dans les expressions collectives* ».
[2022] Dans le même sens, DÜNKEL/VAN ZYL SMIT (2000), pp. 830s.
[2023] Cette (in)formation doit également être donnée pour d'autres maladies, telles que la tuberculose, la galle, etc.

des rapports de force et des attitudes de stigmatisation »[2024]. Pour dissiper ces craintes et enrayer ce "cercle vicieux", il n'existe pas de meilleure solution que de mettre en œuvre un système performant de formation et d'information sur ce type d'atteinte à la santé. Même s'« *il n'est pas rare de voir des détenus, au sortir du bureau médical, aller clamer dans toute la détention leur séropositivité* »[2025], le choix de cette révélation doit à notre sens leur revenir. C'est leur reconnaître le droit d'assumer leur séropositivité dans la "dignité"[2026]. Seule une menace grave et imminente pour l'intégrité ou la vie du détenu atteint ou d'autrui serait susceptible de justifier une levée du secret[2027]. A l'instar du raisonnement que nous préconisons face à des auto- et hétéroagressions particulièrement graves, le médecin devrait alors informer son patient-détenu de sa volonté de divulguer son statut sérologique. Si ce dernier demeure sourd à toute tentative de négociation, il appartiendrait au soignant de procéder à la révélation uniquement au directeur de l'établissement et ce, dans des conditions de discrétion réfléchies et balisées, c'est-à-dire dans les limites du strictement nécessaire, raisonnable et pertinent.

Assurément, cette option ne satisfait pas nombre de professionnels de l'exécution des sanctions. Il nous paraît raisonnable cependant d'admettre que cette problématique dépasse largement la réflexion juridique et thérapeutique. Elle est d'ordre philosophique, éthique et politique avant tout. Il n'existe dès lors pas à ce sujet - en prison comme en milieu libre, d'ailleurs - « *de solution générale* » susceptible d'être codifiée, « *mais des démarches individualisées à adopter, qui prennent en compte des particularités de chaque cas d'espèce* »[2028]. Aussi, s'agissant de la levée ou non du secret médical à l'égard d'un cas de séropositivité, nous pensons qu'il convient de maintenir la règle de la confidentialité et le renvoi à la procédure de l'article 321 CP, sous réserve d'une situation tout à fait exceptionnelle qui mettrait la vie ou l'intégrité du détenu ou d'autrui en péril. Cette situation selon nous ne peut être décelée que par le soignant. C'est à lui que revient cette responsabilité décisionnelle, tout comme son corollaire, celle d'informer régulièrement et exhaustivement détenus et intervenants des modes de transmission du VIH et des mesures de prévention en la matière.

[2024] WELZER-LANG/MATHIEU/FAURE (1997), p. 229.
[2025] GRAVIER (1990), p. 67. Même constatation chez CARLIER (1996), p. 67.
[2026] Pour autant nous rétorquerons certains, que l'on puisse encore parler de dignité, dès lors que le statut de séropositif, pis encore de sidéen, se révèle de toute manière incompatible avec celle de détenu, en particulier dans les Etats dont les établissements ne prodiguent des soins que minimaux dans des conditions de détention très difficiles.
[2027] Pour KUNZ in GUILLOD/KUNZ/ZENGER (1991), pp. 356s, l'art. 34 CP s'applique.
[2028] FLAHAULT-RUSCONI (1998), p. 113.

5 CHRONIQUE D'UNE LUTTE DE POUVOIRS ANNONCEE

5.1 Introduction

Au sein d'un établissement pénitentiaire, agit et interagit un certain nombre d'intervenants incontournables, au nombre desquels figurent on l'a vu notamment le personnel de surveillance, le personnel socio-éducatif et le personnel soignant. Si tous concourent au processus de prise en charge de la population pénale, nous avons constaté que tous ne revêtent pas les mêmes qualités, qu'ils entretiennent avec les détenus et l'institution des liens propres et qu'ils poursuivent des missions qui, bien qu'elles tendent plus ou moins aux mêmes buts, sont fort différentes les unes des autres. L'enceinte carcérale peut dans ces conditions apparaître comme un vaste champ, sinon de bataille(s), à tout le moins de conflits de pouvoirs[2029], où chaque protagoniste, voire groupe de protagonistes, est susceptible de faire valoir ses intérêts et primer sa volonté aux dépens de ceux et de celle des autres[2030].

Dans ce contexte, le secret peut apparaître pour certains comme un instrument de pouvoir. Les informations dont chacun est tour à tour détenteur, destinataire ou tiers exclu, suscitent souvent des différends entre les intervenants[2031]. Posséder l'information, c'est dès lors sans conteste détenir une parcelle de pouvoir[2032] susceptible d'ébranler le réseau fragile des collaborations.

L'analyse du statut, des rôles et de l'importance attachée au travail de chacun nous a permis de délimiter la sphère d'influence de chaque catégorie d'intervenants dans le parcours carcéral

---

[2029] Il faut préciser, avec COMBESSIE (1998), p. 114, que nous faisons référence à un pouvoir **informel**, « *terme consacré en sociologie des organisations pour l'opposer à officiel* ». Cet auteur préfère substituer à l'adjectif informel, celui d'« *interstitiel* » (COMBESSIE (1996*a*), pp. 140ss). En ce qui nous concerne, nous entendons par pouvoir *officiel* (suivant la terminologie de COMBESSIE) ou *formel* (suivant celle plus communément admise en sociologie des organisations), le pouvoir dont l'administration pénitentiaire - ici, typiquement, le directeur de l'établissement - est investi pour mener à bien les missions qui lui sont dévolues. Le pouvoir formel est donc celui d'une entité déjà « *en autorité* » (LEMIRE (1990), p. 91 ; SYR (1992), p. 285). Il relève en principe de la loi. Par pouvoir informel, en revanche, il faut comprendre avec BAGLA-GÖKALP (1998), p.78 celui qui « *résulte de la nature des interactions propres à un contexte* », c'est-à-dire ici celui qui émerge des relations entre les différents acteurs pénitentiaires évoluant en milieu carcéral, en marge de « *la structure d'autorité* » préétablie (LEMIRE (1990), p. 91 ; SYR (1992), p. 285). A ce propos, on lira avec grand intérêt l'analyse d'ETZIONI (1965), en particulier pp. 659-663, sur la « *distribution* » du - des - pouvoir(s) dans l'institution « *coercitive* », notamment entre le personnel pénitentiaire et les détenus « *leaders informels* », et ce que cette distribution implique en termes de contrôle(s) en son sein. Privilégiant également l'approche organisationnelle, STASTNY/TYRNAUER (1982), puis LEMIRE (1990), distinguent également plusieurs types de pouvoirs, eu égard notamment aux différents « *groupes d'intérêts* » en présence et aux spécificités du régime de l'établissement qui les abritent.

[2030] Suivant la définition que WEBER (rééd. 2003) donne du pouvoir, c'est-à-dire « *la chance de faire triompher au sein d'une relation sociale sa propre volonté, même contre la résistance d'autrui* ». Cf. Raymond BOUDON et al., *Dictionnaire de la sociologie*, Paris, Larousse, 2003, pp. 183s.

[2031] Dans le même sens, VEIL (2000), pp. 270s.

[2032] BOK (1989), pp. 19-22; BONELLO (1998), p. 45; THYS (1998), pp. 265s; FRISON-ROCHE (1999), p. 29. Sur la relation tryadique savoir - secret - pouvoir, lire MAUREY (1999), en particulier pp. 105-114.

du détenu. Il convient désormais d'examiner la signification que ces derniers accordent aux obligations de confidentialité auxquelles ils sont tenus. Il sied ensuite de déceler quelles sont les origines des rapports de force qui naissent autour du secret.

5.2 Significations de l'obligation de secret

5.2.1 Pour le personnel de surveillance

Les surveillants sont astreints au secret de fonction tel que nous l'avons décrit au chapitre qui lui est consacré. Ils sont dès lors tenus au secret défini à l'article 320 CP et aux prescriptions cantonales régissant la fonction publique ainsi que, le cas échéant, à celles relatives à l'établissement dans lequel ils exercent leur activité. Envers l'administration pénitentiaire, le personnel de surveillance n'a dans la règle pas de secret à respecter. Bien au contraire, tenu à une obligation de fidélité, le surveillant se doit de transmettre à ses supérieurs hiérarchiques directs et à échanger avec ses collègues toutes les informations susceptibles de les aider dans l'accomplissement de leurs tâches.

Dans le cadre de nos entretiens, nous avons pu constater que les surveillants prêtent une attention particulière au secret auquel ils sont astreints, sans toutefois en connaître les pourtours exacts, ni même les sources légales pertinentes. C'est en définitive essentiellement le tact et la retenue qui dictent leur conduite à l'égard des informations qu'ils ont apprises et constatées dans l'exercice de leur fonction, voire parfois la crainte de commettre une faute professionnelle irréparable : « *c'est motif de licenciement sur le champ si l'on déballe ce que l'on sait d'ici !* »[2033].

Tous les surveillants interrogés pensent que le secret ne vaut pas à l'égard des autres intervenants, à tout le moins pas lorsqu'ils sont sollicités ou qu'ils pensent qu'une information doit être relayée. Tel est le cas par exemple lorsqu'un détenu leur « *cause du souci* ». Ainsi un surveillant nous dit qu'« *il est bien clair que si Monsieur X ne veut plus sortir de sa cellule, ne nous parle plus et a sale mine… et bien… non seulement on va essayer de voir si on peut l'aider, mais en plus on va le dire au médecin et aux sociaux* »[2034]. Les surveillants interrogés s'avèrent en revanche intransigeants en ce qui concerne le respect de leur secret de fonction hors les murs, en particulier lorsqu'il touche à la population pénale ou au fonctionnement de l'établissement. A l'égard de leurs proches, du public en général et à plus forte raison des médias, tous disent observer la plus grande confidentialité. « *Je peux vous dire une chose* », nous explique l'un d'eux, « *on ne m'a jamais posé autant de questions sur le métier que je faisais avant de travailler ici. Enfin, maintenant, bon, on me pose plutôt des questions… du genre qui est là et quand il sort. A chaque fois c'est pareil. A un repas avec des amis, à des réunions de famille, il faut toujours qu'il y en ait un qui la ramène celle-là, qui est là… mais ils peuvent toujours courir* »[2035]. Cette discrétion ne les empêche toutefois pas de s'épancher auprès de leur famille (« *y'a des situations, vraiment, des fois, faut que j'en parle à ma femme* » [2036]) d'expliquer aux amis certains aspects de leur profession (« *les copains, en gros,*

[2033] Surveillant en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[2034] Surveillant en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[2035] Surveillant en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[2036] Surveillant en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.

je leur explique que la prison c'est pas le Club méd »[2037]), voire de répondre à des interviews, si leur direction les y autorise[2038]. Dans ce cadre, ils disent encore veiller à taire les noms des détenus et des collaborateurs de l'institution, de même que les mesures sécuritaires propres à l'établissement.

En conclusion, il apparaît que les surveillants attachent une importance particulière à ne pas communiquer les renseignements susceptibles de porter atteinte aux intérêts de l'institution et des personnes qui demeurent en son sein, contre leur gré ou non. Vis-à-vis des tiers externes, qui ne sont pas impliqués dans la prise en charge du détenu, le secret le plus absolu semble donc de rigueur.

5.2.2 Pour le personnel socio-éducatif

Le statut, les rôles et la place en milieu carcéral des socio-éducateurs se révèlent on l'a vu relativement ambigus et complexes à cerner. A l'instar des professions de la santé, le travail du personnel socio-éducatif repose sur une relation de confiance à laquelle la discrétion est intimement liée. La confidentialité s'avère indubitablement un élément essentiel à la réalisation des missions qui lui sont confiées. Elle lui permet en particulier de recueillir auprès des détenus les informations personnelles qui l'aideront à mieux les encadrer et à les soutenir dans leurs démarches de préparation à leur sortie. Pour autant, les socio-éducateurs ne sont pas astreints au secret professionnel de l'article 321 CP. Dans ces conditions, il semble qu'une majorité recoure à une sorte de "protocole" inspiré de leurs règles déontologiques, pour d'une part délivrer les informations nécessaires à leur direction et, d'autre part, attester de leur loyauté envers le détenu. Les propos que nous avons recueillis auprès de ces intervenants laissent en effet apparaître qu'ils adhèrent implicitement à ce que l'on pourrait nommer un "code de conduite" à tenir par rapport aux informations qu'ils considèrent relever de la sphère privée du détenu.

Ce "code de conduite" se réfère à trois types d'interactions distincts, qui sont autant d'occasions de préciser ce qui peut ou doit être restitué. Le premier se situe au niveau de leur relation bilatérale avec le détenu. Plusieurs membres du personnel socio-éducatif interrogés nous disent ainsi avertir le détenu, dans le cadre de leur première entrevue, que « *ce qui se dit ici reste confidentiel et entre ces quatre murs* »[2039]. Pour autant, le détenu est dans la foulée informé clairement (« *je le lui répète deux fois si c'est nécessaire* » ; « *je m'assure qu'il a bien compris* »), que certaines informations sont « *données à la direction* ». Les dites informations se sont révélées converger dans nos entretiens. Elles sont de plusieurs ordres. Si les informations confiées par le détenu sont de nature à mettre sa vie ou son intégrité en danger ou celles des autres membres de la communauté, plusieurs des travailleurs sociaux interrogés semblent plutôt pencher pour leur révélation, après en avoir informé le détenu : « *vous voyez, si la personne nous dit clairement qu'elle a des envies de se suicider, alors on est obligé d'intervenir, soit d'en parler au psychiatre, éventuellement à la direction, d'en parler éventuellement aux gardiens pour qu'ils soient attentifs, là… et bien c'est son choix, mais on ne peut pas le cautionner là-dedans. C'est ce qu'on lui dit d'ailleurs* ». Il en va de même avec « *les nécessités de la sécurité* », notion au demeurant très large, que les

[2037] Surveillant en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.
[2038] C'est-à-dire, qu'elle les délie de leur secret de fonction.
[2039] Les propos ici rapportés émanent tous de socio-éducateurs en fonction depuis moins de dix au moment de l'entretien.

travailleurs sociaux définissent le plus souvent en regard d'une préparation d'évasion : « *s'ils nous disent qu'ils sont en train de concocter un plan d'évasion, on ne peut pas le garder pour nous* ». En ce qui concerne la révélation aux autres intervenants, voire cas échéant à certaines entités extra muros (service de probation, futur employeur), d'informations privilégiées qui ne relèvent pas des catégories précitées, la situation se révèle en revanche plus délicate. Si les socio-éducateurs interrogés nous ont dit parfois hésiter face à certaines requêtes, tous précisent qu'ils cherchent toujours à concilier leur obligation de restitution et celle de discrétion, en ne transmettant que le nécessaire et le pertinent qu'ils estiment « *dans l'intérêt du détenu à la préparation d'une sortie réussie* ».

S'agissant enfin de l'organisation du partage des informations confidentielles au sein de l'équipe du service socio-éducatif, il semble que l'échange se fasse relativement aisément, dès lors que l'« *on est dans le même bateau* ». En revanche, à l'égard des personnes et des autorités externes qui ne sont pas concernées par la réinsertion du détenu, la même imperméabilité décrite auparavant par les surveillants est dite rigoureusement respectée.

5.2.3 Pour le personnel soignant

Nous avons vu que le statut du médecin fonctionnaire est différent de celui du praticien exerçant à titre indépendant. Sous l'angle du droit pénal en particulier, il importe de déterminer si ce personnel, à la fois soignant et agent de l'Etat, est uniquement astreint au secret de fonction ou seulement lié par le secret médical. Dans le premier cas de figure, le secret médical se fonderait en quelque sorte dans le secret de fonction qui primerait. Ni le consentement de l'intéressé, ni l'autorisation de l'autorité de surveillance ne pourrait le délier de son obligation de se taire ; seule serait compétente pour ce faire l'autorité administrative hiérarchiquement supérieure. S'agissant du soignant pénitentiaire, cette autorité serait dans certains cantons le chef du département en charge des affaires pénitentiaires. Ce dernier serait alors en mesure de dicter sa ligne de conduite au médecin, qui aurait l'obligation de lui fournir les renseignements requis. Cela impliquerait également pour le médecin qu'il fasse partie intégrante de l'organigramme pénitentiaire, alors que tel n'est pas le cas, nous l'avons vu, dans tous les cantons[2040]. Par ailleurs, la violation du secret de fonction est poursuivie d'office ; mécanisme qui restreint grandement la faculté de se déterminer du patient détenu et l'indépendance du soignant. De très vives critiques s'opposent dès lors à cette solution retenue par la doctrine minoritaire[2041], notamment parce qu'elle élude le consentement de

[2040] Par exemple, dans le canton de Genève. Nous avons vu en effet qu'il revient à l'Institut universitaire de médecine légale, rattaché aux Hôpitaux universitaires de Genève, d'assumer la prise en charge médicale des détenus. Cf. art. 1er lit. b et art. 2 du Règlement de l'Institut universitaire de médecin légale.

[2041] Cf. FILLI (1987), p. 61; NOLL (1958), p. 241 et références citées. Dans le même sens et plus récemment, voir CORBOZ (1993), p. 106, réitéré in: CORBOZ (2002), p. 632, n°48 pour lequel « *le médecin employé par un hôpital public ou par une prison est soumis au secret de fonction au sens de l'art. 320 CP, et non pas au secret professionnel au sens de l'art. 321 CP* », et n°14, p. 644 : « *si le médecin est employé d'une collectivité publique ou d'un établissement public, l'art. 320 CP l'emporte* ». Il en va pour lui de la « *crédibilité* » de l'établissement public. Cet auteur appuie son argumentation sur l'ATF 118 II 254, 257, qui s'attache à distinguer le secret professionnel du secret de fonction dans une affaire concernant une privation de liberté à des fins d'assistance. Nous rejoignons toutefois STAUFFER/PERRENOUD (2003), p. 13 pour lesquels cette interprétation est erronée : « *L'arrêt concerne (…) un cas très particulier où le médecin fonctionne de manière prépondérante comme organe exécutif de l'Etat, dans le cadre d'un internement psychiatrique, et pas en sa qualité première de médecin* ».

l'intéressé, reconnu désormais comme fondamental[2042]. Dans la seconde hypothèse en revanche, le médecin fonctionnaire et ses auxiliaires ne seraient astreints qu'au secret médical. En ce qui concerne le soignant pénitentiaire, cette option laisserait craindre qu'il ne prête pas une attention vigilante aux informations relatives au fonctionnement de l'institution et qu'il ne s'enferme dans une logique de chapelle, sans considération aucune des autres interventions.

C'est dès lors vers une voie médiane que se tourne la doctrine majoritaire pour régler l'épineuse question du secret auquel est tenu le médecin fonctionnaire. Elle admet que le médecin soit poursuivi en vertu de l'article 320 CP pour la révélation de secrets appris en sa qualité de fonctionnaire, respectivement en vertu de l'article 321 CP s'agissant de la divulgation des secrets appris dans le cadre de son activité médicale[2043]. Le personnel soignant d'une prison est donc non seulement tenu au secret médical, mais également au secret de fonction prévu par l'article 320 CP et par la législation cantonale qui régit l'activité des agents publics. Même le médecin vacataire est lié au secret de fonction, puisqu'il est « *appelé à exercer une fonction officielle* »[2044]. Peu importe dès lors qu'il consacre la majeure partie de son temps à sa clientèle privée. Lorsqu'il intervient en milieu carcéral, il agit en tant qu'agent public, tenu aux obligations liées à sa charge et, « *engagé par l'Etat* ***pour*** [nous soulignons] *remplir son rôle thérapeutique* », il doit simultanément répondre aux « *règles générales de sa profession* », telles que le secret médical[2045].

Sur le terrain, il est une constance chez le personnel soignant que nous avons interrogé, à savoir le regard quasi non équivoque qu'il porte sur son obligation de secret. Sans en connaître forcément les fondements juridiques, tous expriment le caractère quasi absolu du secret auquel ils sont tenus et leur pratique constante de taire les informations acquises auprès de leur patient-détenu. « *Il n'y pas lieu à ce sujet de faire une quelconque distinction entre un patient libre et un patient incarcéré* » pourrait être la devise de chacun[2046]. Dans ces conditions, tout ce qui est dit en consultation doit être scellé par le secret et ce n'est qu'au détour d'une conversation « *en face à face, et seulement si cela est vraiment nécessaire* »[2047] que seront révélées des informations apprises dans le cadre de la relation avec leur patient-détenu. Pour une majorité d'entre eux, cette obligation vaut à l'égard de tous, même parfois des confrères, soignants eux aussi.

Il ressort par conséquent des propos recueillis auprès des praticiens interrogés qu'ils n'opèrent à ce sujet que rarement de distinction entre leur statut de praticien dépendant exerçant en milieu fermé de celui d'un médecin indépendant, exerçant en milieu libre. En revanche, une partie de la doctrine tend - à tout le moins indirectement et/ou partiellement - à assimiler le médecin pénitentiaire au médecin hospitalier et le patient-détenu au patient hospitalisé dans un établissement hospitalier public[2048]. Elle se réfère alors à une situation similaire à celle supposée exister au sein d'un hôpital public, à savoir une « *double hiérarchie : une hiérarchie médicale qui gouverne l'exercice de l'art médical et qui est coiffée par des chefs de service,*

[2042] Cf. DUMOULIN J.-F. (2004), p. 24 et référence citée.
[2043] Toujours selon la même logique qui s'attache à décler la nature du fait secret eu égard à l'activité exercée. Cf. nos développements et références citées *supra*, partie II, pt. 2.3.2.5.1.2 *in fine*.
[2044] MOOR (1992), p. 235.
[2045] BERNHEIM J. (1970), p. 190.
[2046] Soignant en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[2047] Soignant en fonction depuis plus de dix ans au moment de l'entretien.
[2048] Cf. par exemple SPRUMONT (2002), p. 37.

et, parallèlement, une hiérarchie administrative, avec toute une série de fonctions superposées qui sont coiffées par le directeur de l'hôpital »[2049].

Or, notre problématique ne s'inscrit précisément pas dans un contexte hospitalier. L'institution carcérale n'est pas comme l'hôpital le lieu privilégié d'une prise en charge médicale[2050]. Nous pensons d'ailleurs qu'elle n'a pas à l'être. La médecine pénitentiaire relève plus, sinon de l'urgence, à tout le moins de l'immédiateté. Nous avons constaté auparavant qu'elle est pétrie par les contraintes du milieu et conditionnée par les objectifs assignés à l'exécution de la peine privative de liberté. Il en va de même du statut de patient, dont on a vu qu'il revêt une signification particulière en milieu carcéral, et du rôle du praticien, à certains égards profondément ambigu. A un point tel, qu'il n'est pas exagéré de dire du professionnel de la santé pénitentiaire qu'il est dans cet « *espace clos* »[2051] "médecin malgré lui" et de l'assimiler au Sganarelle de MOLIÈRE. Il ne saurait donc à notre sens être fait abstraction des antinomies carcérales pour appréhender le soignant, sa pratique et son secret. Il est donc tout à fait pertinent de transposer à la problématique qui nous intéresse cette conclusion de J. DUMOULIN, selon lequel le secret « *tient son existence des structures et des relations sociales où il est intimement inséré. La profession médicale s'exerce dans* ***une société donnée*** [nous soulignons] *et le secret professionnel médical appartient autant, sinon plus, à cette société qu'à la médecine* »[2052]. En définitive, s'il est erroné de vouloir assimiler la démarche médicale en milieu carcéral à celle menée dans la société civile, il l'est tout autant de confondre les médecins des prisons et ceux des villes et des hôpitaux et plus encore d'associer l'obligation de confidentialité de ces derniers au secret médical "incarcéré".

Il n'en demeure pas moins qu'aucune prescription légale autre que les dispositions précitées ne permet au soignant de se situer face à son obligation de se taire, alors qu'il est régulièrement invité - pour ne pas dire contraint, dans certaines situations - à y déroger. En l'absence d'une telle réglementation, devons-nous nous résigner à composer avec la solution préconisée par la doctrine majoritaire ? Outre le fait qu'elle élude le contexte particulier, elle ne rend pas compte de la diversité des circonstances dans lesquelles une même information peut relever soit du secret médical, soit du secret de fonction, soit de la zone grise qui ne les délimite pas précisément. Il nous apparaît dès lors essentiel de réfléchir à une nouvelle option qui saurait mieux concilier les impératifs en présence. Préalablement toutefois, il convient de dégager les principales sources de la problématique de la coexistence des secrets en milieu carcéral, dès lors qu'ils sont restitués au cœur des relations interpersonnelles de leurs détenteurs.

5.3 Principales origines de la problématique

5.3.1 Le secret au cœur des relations et interactions entre intervenants

Au regard de la pluralité des intervenants exerçant leur activité en milieu carcéral, nous constatons que les rapports en jeu sont multiples en détention. Le tableau ci-après permet en partie d'illustrer cet enchevêtrement des relations individuelles potentielles entre les membres

[2049] BERNHEIM J. (1970), p. 191.
[2050] Dans le même sens, cf. CHAUVENET (1996), p. 48; NOUWYNCK (2001), p. 15.
[2051] CASADAMONT (1986), p. 135.
[2052] DUMOULIN J. (1981*a*), p. 177.

des groupes « détenus » / « surveillants » / « socio-éducateurs » / « soignants » et « membres de la direction » et/ou les possibles relations intergroupales, c'est-à-dire liant ces différents groupes entre eux :

	Détenu	Surveillant	Socio-éducateur	Soignant	Direction
1	x	x			
2	x		x		
3	x			x	
4	x				x
5		x	x		
6		x		x	
7		x			x
8			x	x	
9			x		x
10				x	x
11	x	x	x		
12	x	x		x	
13	x	x			x
14	x		x	x	
15	x		x		x
16	x			x	x
17		x	x	x	
18		x	x		x
19		x		x	x
20			x	x	x
21	x	x	x	x	
22	x	x	x		x
23	x	x		x	x
24	x		x	x	x
25		x	x	x	x
26	x	x	x	x	x

Les dix premières lignes du graphique indiquent les relations *bilatérales* susceptibles de lier chaque groupe ou membre(s) d'un même groupe ici mentionné avec un autre. Les lignes onze à vingt représentent les relations *trilatérales*, c'est-à-dire celles qui se nouent entre trois groupes distincts ou trois membres de groupes distincts. Les lignes vingt-et-une à vingt-cinq se réfèrent aux relations *quadrilatérales*, à savoir celles qui réunissent quatre groupes distincts ou quatre membres de groupes distincts. La dernière ligne, quant à elle, traduit l'interférence de tous les groupes ou de plusieurs membres issus de chaque groupe dans une même relation. En résumé, on dénombre dix relations bilatérales possibles, dix relations trilatérales, cinq relations quadrilatérales et évidemment une seule réunissant tous les acteurs ici retenus. Les relations intragroupales, c'est-à-dire celles qui prennent place au sein d'un seul et même groupe, ne figurent en revanche pas dans ce tableau.

Toutes ces relations s'inscrivent tour à tour soit en marge, soit au centre d'autant de domaines d'interventions différents. Aussi le médical, le social, la surveillance et le contrôle coexistent et se superposent, avec les conflits - d'appartenance, de légitimité, de reconnaissance, en un mot : d'identité - que de telles imbrications entraînent nécessairement. Et le secret d'être aspiré par une force centripète pour s'ancrer au cœur de ces interactions.

De ces relations croisées découlent plusieurs intérêts protégés par le secret, parfois diamétralement opposés et apparemment inconciliables. Nous trouvons ainsi pêle-mêle notamment l'intérêt privé de la personne incarcérée au respect de sa sphère privée et celui des différents intervenants à ce qu'un rapport de confiance fonde la relation qui les lie au détenu. Il existe également un intérêt hybride - en tant qu'il sert à la fois le privé et le public - à ce que les activités respectives de chacun puissent s'exercer de manière adéquate. Parmi les intérêts publics, il faut citer notamment celui de l'administration pénitentiaire à réaliser les objectifs qui lui sont assignés et celui de la société toute entière à ce que la confiance qu'elle lui accorde ne soit pas déçue.

Face à cette pluralité d'intérêts protégés par le secret, toute la difficulté réside dans la répartition équitable du poids et de l'importance accordés à chacun d'entre eux compte tenu des autres. Il ressort toutefois que dans la grande majorité des cas, l'intérêt invoqué à l'appui de la révélation du secret ne poursuit pas substantiellement des objectifs différents de celui avancé pour son maintien, et inversement. Bien au contraire, ils sont le plus souvent interchangeables. C'est la raison pour laquelle il est vain à notre sens de vouloir résoudre l'alternative transparence *versus* opacité comme on a coutume de le faire, c'est-à-dire par une pesée des intérêts en présence, définis en des termes généraux. Il convient plus selon nous de raisonner à partir des circonstances dans lesquelles s'inscrit l'opportunité de l'ouverture ou du maintien du secret.

Dans le même sens, nous avons constaté le caractère très hétérogène des informations protégées par le secret, puisqu'il s'agit pour résumer de toutes celles apprises par l'intervenant dans l'accomplissement de ses activités. Ce n'est donc pas tant la nature ou le contenu de l'information qui présume de sa destination, c'est-à-dire à qui et ce pour quoi elle peut, doit ou ne doit pas être révélée, que les circonstances dans lesquelles elle l'est. En d'autres termes, le degré de confidentialité d'une même information varie en fonction du contexte dans lequel s'inscrit le cas d'espèce. Il peut par exemple résulter de la révélation d'une même information médicale des conséquences très différentes en fonction des circonstances dans lesquelles elle est divulguée. Il convient dès lors de toujours inscrire la réflexion sur l'ouverture éventuelle du secret plus au cœur de l'événement qui appelle à sa révélation que par rapport aux différents intérêts qu'elle est censée protéger. Les circonstances impliquent de s'interroger sur le contexte particulier au regard duquel une information couverte par le secret peut ou doit être dévoilée. C'est donc seulement indirectement, par le biais de l'examen de ces circonstances, que sont aussi concernés la nature de l'information, les personnes auxquelles elle s'adresse et le but recherché par la divulgation du secret. Dans ces conditions, la (non) révélation s'inscrit dans un rapport étroit avec l'espace-temps présent. Bien entendu, il importe dans ce cadre de ne pas éluder la nécessité d'un raisonnement prospectif qui s'attarde sur les conséquences possibles de l'ouverture du secret.

Enfin, nous avons pu constater que le secret médical en prison est au cœur des plus vives controverses. Ce n'est pas tant le secret de fonction qui pose problème, puisque tous les intervenants y sont astreints, qu'il vaut sans exception à l'égard de l'extérieur et qu'il demeure perméable entre tous les collaborateurs *intra muros*. Le secret médical en revanche est au carrefour de toutes les relations et souvent le détonateur de frictions entre les différents acteurs pénitentiaires. Il est fréquent ainsi que les non-soignants revendiquent un droit à ce que certaines informations leur soient communiquées. Tel est le cas en particulier des

informations relatives aux maladies contagieuses et transmissibles[2053] ou en lien avec l'existence d'une pathologie. A défaut, ils se tournent vers les détenus, « *qui deviennent de fait leur principale source d'information* »[2054]. Le professionnel de la santé quant à lui, même résolument respectueux de son obligation de confidentialité, hésite parfois. Il ne sait en particulier pas toujours où se situer entre son devoir de se taire et son devoir ou son obligation de parler ; et il ne dispose pas de solution à son dilemme qu'il puisse emprunter à l'exercice de sa profession en société libre, sinon le recours au consentement de son patient. La levée du secret par le patient est d'ailleurs précisément la solution préconisée par la Conférence suisse des médecins pénitentiaires dans les cas où il s'avère nécessaire que le médecin traitant transmette des rapports médicaux à un tiers[2055]. La question se pose toutefois de savoir si le consentement du patient-détenu peut vraiment comme tel être recueilli en l'espèce. Il demeure en effet le plus souvent imparfait.

En définitive, les enjeux autour du secret médical ne se posent pas en prison en termes similaires qu'en société libre. C'est donc vers une solution qui prenne précisément en compte ces "paramètres carcéraux" que nous devons tendre, tout en préservant autant que possible la sphère privée du détenu. Dans cette optique, nous pensons que c'est moins le contenu - c'est-à-dire l'objet et sa nature - du secret qui importe que la fonction qui lui est dévolue et par conséquent le contexte dans lequel il s'inscrit. Partant, nous verrons dans quelles circonstances il pourrait ou devrait lui être apporté des nuances, sous réserve de strictes conditions précisément énumérées, et dans quelles autres, au contraire, le secret devrait demeurer la règle.

5.3.2 Le secret au cœur des luttes de pouvoir entre intervenants

Il est possible de procéder à un examen des relations entre les intervenants en termes de partage de pouvoir. Les "territoires" encore disponibles en prison sont rares[2056]. Dans ces conditions, la « *lutte pour l'obtention des ressources* »[2057] est permanente et l'apparition de secteurs autarciques, jalousant leurs conquêtes, relativement fréquente.

Dans ce contexte, « *la détention d'une information est un atout convoité et représente un enjeu primordial pour toutes les personnes, quel que soit leur statut* »[2058]. Il peut arriver par conséquent que les professionnels pour lesquels la confidentialité est le ciment de la confiance qui les lie à l'autre soient plus tentés de s'arroger le secret que de lui reconnaître sa vocation de protéger l'intimité de son maître. Le secret peut en effet être vu comme un moyen de garantir ses acquis, de conforter ses positions spatiales et d'affirmer son identité au sein de la prison[2059]. Dans ce cas, le secret divise et on y recourt pour mieux régner. Il revêt alors plus que jamais le double visage de *Jean qui rit* et de *Jean qui pleure*. En d'autres termes, s'il a pour fonction première la protection des intérêts pour lesquels il est érigé, il peut aussi, dans

[2053] Sur ce point, cf. également les propos de surveillants rapportés par CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1994), p. 154.
[2054] LHUILIER/AYMARD (1997), p. 131.
[2055] Voir le document intitulé « *Décharge du secret médical* », accessible depuis la page web du SMPP : http://www.chuv.ch/psy/smpp.htm, rubrique : Feuille de transmission à l'usage du personnel médical des prisons.
[2056] LECHIEN (2001), p. 16.
[2057] FAUGERON (1996*a*), p. 25.
[2058] BESSIN/LECHIEN (2002), p. 70.
[2059] Ce passage nous est inspiré de JAMIN (1977), p. 99.

la forme de la dissimulation, entraîner des velléités de souveraineté. Car « *détenir un savoir que d'autres ignorent ouvre la possibilité d'une relation d'emprise. D'emblée apparaît donc la structure paradoxale du secret : lieu d'asile ou lieu de contrôle, selon que l'on se place du point de vue [de ses détenteurs ou de ses exclus]* »[2060].

Le secret médical révèle avec acuité les luttes de pouvoir[2061] et de contre-pouvoir en détention[2062]. Face au délitement des principes sur lesquels repose sa pratique, il ne reste guère au professionnel de la santé que son secret pour affirmer son autorité et son identité de soignant. Dans sa soumission au secret, le soignant peut trouver en effet une véritable « *consécration* », « *un moyen de reconnaissance, une façon d'obtenir un statut* »[2063]. Instrumentalisé malgré lui par l'emprise carcérale, acculé par les contraintes du milieu, le soignant peut voir dans le secret l'une des dernières citadelles lui permettant de conforter son identité au sein d'un environnement particulièrement hostile à sa pratique, mais également une possibilité de déjouer les tentatives de rapprochement des cultures d'appartenance de chacun et de maintenir la « *position stratégique* » qu'il lui accorde[2064]. Il est susceptible alors de jouer du monopole de son savoir[2065] au détriment du travail des autres intervenants et, par répercussion, du détenu.

Dans un même temps, le secret est aussi foncièrement un élément rassembleur et unificateur. Les personnes qui partagent le même secret bénéficient, même indiciblement, de l'affiliation à un groupe et de la solidarité qu'il suppose[2066]. Dans ce cadre, le secret est susceptible, sinon de discriminer, à tout le moins d'isoler ceux qui en sont évincés[2067]. Nous serions alors tentée d'affirmer qu'il est là l'une des principales raisons pour laquelle ses exclus souhaitent le pénétrer. Ce n'est dès lors pas tant une curiosité malsaine qui amène ces derniers à revendiquer son ouverture, mais plutôt le souhait d'échapper au bannissement qu'il implique, pour se voir à leur tour admis dans la communauté des initiés au secret ainsi élargie[2068].

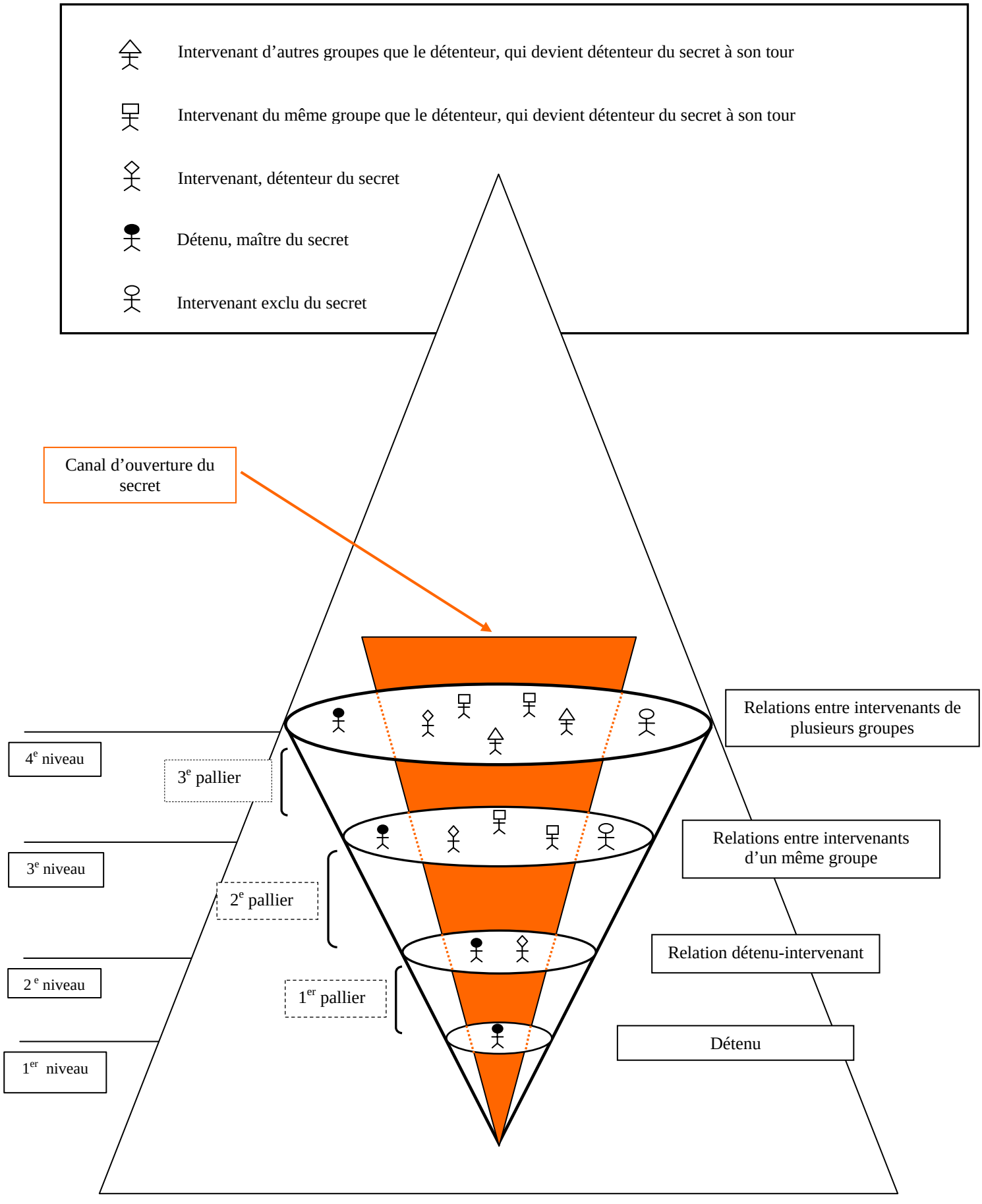
5.3.3 Le secret au cœur du processus communicationnel entre intervenants

Les altercations autour du secret peuvent résulter on l'a vu notamment de conflits de pouvoirs et de cultures, nés des différents statuts des intervenants, de droits et devoirs mal définis et de missions (partiellement) contradictoires. Elles découlent également à notre sens des difficultés que ces derniers rencontrent dès lors qu'il s'agit, tout simplement, de communiquer.

[2060] LOB-IZRAELSKI (2001), p. 34.
[2061] Pour une définition « *pluridimensionnelle* » stimulante de la notion de « *pouvoir* », cf. LANDREVILLE (1989), pp. 139-142. Sur le rapport secret - pouvoir, cf. également BURKERT (1988), pp. 17s.
[2062] La « *fonction subversive* » du secret, telle qu'elle est appréhendée par DUMOULIN J. (1992) p. 112 se situe précisément à ce niveau. Elle permet métaphoriquement de « *résister à l'occupant* », ici personnifié par les autres intervenants désireux de s'immiscer dans une relation duale, par exemple médecin/patient-détenu ou travailleur social-détenu.
[2063] GLEIZAL (1981), p. 70.
[2064] Sur cette « *position stratégique* », cf. COUËTOUX (1981), pp. 51s.
[2065] GUILLOD O. (1995), p. 440.
[2066] Sur cette « *fonction d'affiliation* » du secret, cf. COUËTOUX (1981), pp. 21-25 et DUMOULIN J. (1992) pp. 111s.
[2067] BOK (1989), p. 110.
[2068] Sur ce point, cf. BURKERT (1988), p. 16.

L'analyse de BALLONI sur les processus de communication dans l'institution carcérale, sous l'angle en particulier de la hiérarchie relativement stricte qui la caractérise, est en ce sens riche d'enseignements. Selon lui, la communication en prison « *devient un langage en mesure de définir les rapports hiérarchiques, la distribution des rôles et les aspects situationnels* »[2069]. Pour nous, elle est aussi un élément qui permet d'appréhender la place du secret en détention. L'auteur distingue donc différents niveaux de communication entre les acteurs d'une même organisation. Il les inscrit dans une figure conique[2070], empruntée aux travaux de RUESCH et BATESON[2071], qui peut tout à fait être transposée à notre problématique. Nous nous permettons ainsi de nous en inspirer pour schématiser très grossièrement le possible "processus d'ouverture" du secret, d'un détenteur à plusieurs des intervenants évoluant en milieu carcéral. L'institution est ici représentée par un triangle enveloppant la figure de base. Il fait référence à la structure pyramidale sur laquelle se base la prison, pour indiquer qu'il y aurait également matière à approfondir la réflexion sous l'angle - ou plutôt, sur l'arrière-fond - des interférences hiérarchiques dans le (non) partage de l'information, qu'elle soit ou non confidentielle[2072].

[2069] BALLONI (1999), p. 54.
[2070] BALLONI (1999), p. 57.
[2071] RUESCH J./BATESON G., *Individuo, gruppo e cultura : un riesame della teoria della comunicazione umana*, in RUESCH J./BATESON G., La matrice sociale della psichiatria, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 307.
[2072] Sur les problèmes que pose la transmission de différentes informations du bas vers le haut et, inversément, du haut vers le bas de la hiérarchie pénitentiaire, lire notamment CHAUVENET/ORLIC/BENGUIGUI (1994), en particulier pp. 153-156.


Intervenant d'autres groupes que le détenteur, qui devient détenteur du secret à son tour
Intervenant du même groupe que le détenteur, qui devient détenteur du secret à son tour
Intervenant, détenteur du secret
Détenu, maître du secret
Intervenant exclu du secret
Canal d'ouverture du secret
4e niveau
3e niveau
2 e niveau
1er niveau
3e pallier
2e pallier
1er pallier
Relations entre intervenants de plusieurs groupes
Relations entre intervenants d'un même groupe
Relation détenu-intervenant
Détenu

La forme conique a cela d'intéressant qu'elle permet de représenter dans son expression la plus élémentaire[2073] le canal de communication qui mène à la connaissance du secret par plusieurs intervenants de groupes distincts. Le processus communicationnel - ici synonyme d'ouverture du secret - passe par trois paliers différents de restitution du secret, avant d'atteindre le sommet du cône, qui réunit des intervenants de groupes différents. Au premier niveau se trouve, seul, l'individu maître du secret, c'est-à-dire le détenu. Le deuxième niveau représente la relation interpersonnelle qu'il noue avec un seul des intervenants, et avec lequel des informations scellées par le secret sont échangées. Le détenu n'apparaît alors plus au troisième niveau, occupé uniquement par les intervenants membres du même groupe que le professionnel engagé au niveau inférieur et avec lesquels ce dernier est susceptible de partager le secret dans la continuité de son intervention entamée précédemment. Enfin, le quatrième niveau réunit dans ce partage d'autres intervenants, de groupes différents, mais toujours impliqués dans la prise en charge psycho-médico-sociale du détenu concerné. Il est l'ultime étape du processus de communication du secret *intra muros*. Schématiquement - et en langage emprunté à la sociologie de la communication -, le détenteur du secret peut devenir son « *émetteur* » dès lors qu'il le révèle à autrui. Ce dernier, qui le recueille, est dit « *récepteur* ». Il devient alors « *détenteur* » lui aussi, susceptible à son tour de révéler le secret à autrui, et ainsi de suite. Nous l'admettons, ainsi présenté, ce concept revêt une allure relativement cavalière. Il a le mérite cependant de permettre l'identification des « *détenteurs-émetteurs* » et des « *récepteurs-détenteurs* », tout en isolant le parcours que peut emprunter l'ouverture du secret[2074].

A chaque niveau est donc susceptible de correspondre un nombre plus important de protagonistes impliqués dans la détention du secret et, par conséquent, autant de possibilités de dérapages. Dans un même temps, nous verrons qu'il existe des informations scellées par le secret qui nécessitent de passer par un tel canal de communication pour que les missions poursuivies par l'institution et ses collaborateurs puissent être accomplies. Ce processus se révèle dès lors source de différends. Certains en sont exclus, d'autres y sont conviés, avec les conflits que de tels clivages peuvent engendrer[2075].

Plus généralement, la communication n'est pas aisée dans un contexte qui compte un certain nombre d'obstacles aux échanges (hiérarchie pesante, rôles des acteurs mal définis, impératifs sécuritaires, etc.) et qui demeure traversé par les non-dits. Aussi, au final et comme le résume très bien CHAUVENET « *l'information circule très peu, et la rumeur beaucoup, consolidant les différents aspects de l'opacité et de l'apparence et contribuant à l'atomisation des relations* »[2076].

A notre sens, cette situation perdure notamment en raison du peu d'occasions octroyées aux différents intervenants de se rencontrer, que ce soit dans le cadre de réunions formelles ou informelles. Il ressort en effet de nos entretiens que des réunions intergroupales qui réunissent

[2073] Nous avons ici omis à dessein de représenter par exemple les canaux **officieux** d'ouverture d'un secret, qui ne suivent pas forcément cette voie. Ces canaux sont très - sinon les plus - importants en détention. Aussi faut-il ne voir en ce tableau que la vulgarisation d'un idéal.
[2074] Nous pouvons qualifier ce parcours de « *chaîne du secret* », expression empruntée à LAMEYRE (2002), p. 78 qui, en référence à la « *chaîne alimentaire* », l'utilise dans le cadre de son examen des communications entre les intevenants impliqués dans un processus de « *soins pénalement obligés* ». Pour COUËTOUX (1981), p. 25, la « *chaîne du secret* » constitue « *l'ensemble des rapports qui se construisent dans la diffusion, la dissimulation, la divulgation du message* ».
[2075] PUGET/WENDER (1992), pp. 97s.
[2076] CHAUVENET (1996), p. 69.

tous les représentants de chaque catégorie professionnelle à des jours fixes et pour le traitement d'affaires particulières ne sont privilégiées que dans certains établissements. Dans d'autres en revanche, seules sont prévues des réunions rassemblant un ou plusieurs représentants de certains groupes seulement. Les cadences de ces séances diffèrent également selon les établissements. Elles sont plus ou moins régulières : chaque semaine ou seulement une ou deux fois par mois, voire seulement trimestrielles ou en cas d'urgence. En tout état de cause, il n'existe pas de véritable politique de séances de « *réseaux* »[2077] qui soit formellement instaurée dans tous les établissements et dont le but et le cercle des intervenants impliqués soit clairement spécifiés. Il est donc autant de types d'organisation et de mises en œuvre de séances, à vocation et à configuration différentes, qu'il existe d'établissements.

Par ailleurs, lorsque des réunions pluridisciplinaires existent, il apparaît qu'elles n'atteignent pas toujours leur but. Ainsi un socio-éducateur nous dit regretter que ne soient pas « *vraiment abordés les problèmes spécifiques liés aux prises en charge ; on ne va que rarement en profondeur* »[2078]. Un autre souligne que plusieurs intervenants « *ne comprennent souvent pas le sens de ces séances* ». Il explique ces dysfonctionnements par le fait que ces réunions « *ne sont pas très bien dirigées, c'est trop formalisé ; on tourne en rond, c'est répétitif, c'est très rigide et structuré et dans un même temps il y a des décisions qui se prennent en dehors [de ces réunions], à différents niveaux, et qui ne sont pas du tout communes et coordonnées* »[2079]. Plusieurs des intervenants interrogés soulèvent en outre la difficulté de réunir les personnes à ces occasions, eu égard à leur emploi du temps respectif et à leur charge de travail. Certains soulignent également les hésitations qui se posent autour de la recherche d'un mode de fonctionnement adéquat (avec qui, sur quoi travailler, à quel rythme et comment diligenter les séances, opportunité d'un procès-verbal, etc.) et rappellent qu'il n'est pas toujours aisé pour chacun de s'exprimer librement dans de telles réunions. Un membre de la direction en particulier nous explique que certains de ses collaborateurs ressentent parfois de la gêne à exprimer leur avis, craignent de ne pas être suffisamment pertinents et/ou se sentent incompris.

Il semble en revanche assez fréquent que chaque groupe se réserve ses propres réunions (nommées différemment selon le corps de professionnels concernés, par exemple : « séances », « colloques », « conférences »), à un rythme généralement hebdomadaire et en présence dans l'idéal des mêmes personnes afin de maintenir un suivi[2080].

Des formations à l'interne dispensées par des cadres pénitentiaires et/ou des spécialistes externes sont prévues dans certains établissements. Elles sont destinées à tout ou partie des membres du personnel et constituent une autre occasion de se réunir et de dialoguer. Les

[2077] Par « *réseaux* », nous entendons avec BERNHEIM J. (2000), p. 21 des « *réunions internes au cours desquelles les différents spécialistes professionnels engagés dans la prise en charge d'un détenu ou d'un interné sont appelés à donner leur avis en fonction de leur expérience et de leur vision des choses* ». Pour un exemple, cf. POCHON (2000), p. 46. Il est concevable toutefois de penser aussi « *réseaux* » avec les entités *extra muros*, par exemple entre travailleurs sociaux pénitentiaires et agents de probation, soignants pénitentiaires et praticiens privés, etc. Cf. à ce propos VEIL (2000), p. 273 pour lequel notamment « *il y a là une formidable occasion de mise en œuvre d'une médecine neuve - neuve du point de vue relationnel (…)* ».

[2078] Socio-éducateur en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.

[2079] Socio-éducateur en fonction depuis moins de dix ans au moment de l'entretien.

[2080] Car il n'est pas aisé, même au sein d'un seul et même corps de professionnels, d'assurer un suivi dans la passation orale des informations. Le fait par exemple que le personnel de surveillance fonctionne le plus souvent sur tournus complexifie la coordination de leurs interventions. Sur ce point, source de *stress* pour le personnel, cf. DE CONINCK (2001), p. 181.

sujets abordés sont variés. Selon l'auditoire, ils peuvent par exemple concerner la sécurité, les protocoles de distribution des médicaments ou encore les mesures de précaution à prendre dans certaines situations. Aux dires des intéressés, ces formations permettent de valoriser les connaissances acquises et de mieux connaître le travail effectué par les autres groupes de professionnels. Ces initiatives sont assurément à saluer.

En conclusion, si la mise en œuvre de réunions interdisciplinaires est certes complexe, leur importance est capitale. Il faut par conséquent porter à leur organisation un soin et une attention toute particulière. Au-delà de leur absolue nécessité pour une prise en charge adéquate et coordonnée des personnes incarcérées, ces réunions sont autant d'occasions officielles de mieux se connaître et de se ***re***connaître. Elles participent incontestablement de la clarification des rôles et des compétences de chacun, ainsi que du respect réciproque des missions respectives. Elles doivent permettre en outre d'asseoir un dialogue constructif entre les uns et les autres, tous contraints on l'a vu de composer avec l'emprise carcérale, ses entraves et ses contradictions ; tous sans exception profondément affectés dans leur travail par une identité personnelle et professionnelle sans cesse remise en question.

TROISIEME PARTIE

UN MODELE DE PARTAGE DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES EN MILIEU CARCERAL

1 TRANSPARENCE OU OPACITE ?

1.1 Essai de définitions corrélées

Le secret renvoie à deux notions antinomiques : la transparence et l'opacité. Toutes deux font l'objet de représentations contradictoires et complémentaires à la fois[2081], ainsi que le démontre cet essai de définitions absolues et corrélées.

1.1.1 Apologie de la transparence : exclusion du secret

La transparence peut revêtir une connotation positive. Elle est alors gage de « *rectitude* »[2082], voire synonyme de vérité et exempte d'ambiguïté. Lorsque tout se sait, rien n'est à cacher[2083]. Cette transparence est (en partie) exaucée dans des domaines très variés, en fonction de l'époque, du lieu et de l'environnement dans lesquels elle s'inscrit. Elle peut être insufflée pour rendre plus visible certains champs socioprofessionnels et secteurs financiers[2084] ou plus démocratique les domaines administratifs et politiques[2085]. A visée pragmatique, elle est parfois aussi avancée pour répondre à une logique d'efficience. C'est au nom d'une plus grande efficacité organisationnelle que sont par exemple rendus plus perméables les services d'une administration[2086].

Dans cet ordre d'idées, le secret est associé à des images plus négatives[2087]. Il peut notamment être perçu comme le berceau d'activités malhonnêtes, voire illégales[2088], le siège du non-dit ou le trône de toutes les ruses[2089]. Il peut en outre représenter l'ultime obstacle à l'acquisition et au partage des connaissances; le fossoyeur de tout échange. Il renforce alors l'individualisme, participe du règne du « *chacun pour soi* ». C'est le « *secret tyrannique* » dépeint par SENNETT[2090]. Erigé en doctrine de référence, il est même susceptible d'aller jusqu'à desservir les intérêts qu'il est censé protéger[2091].

[2081] Sur le caractère équivoque du secret, voir l'analyse riche d'enseignements de BOLLE DE BAL (2000), pp. 53-55, qui dégage sept « *ambivalences fondamentales* » du secret.
[2082] BONELLO (1998), p. 84.
[2083] BREDIN (1997), p. 88.
[2084] LAVEISSIERE (1992), p. 182.
[2085] On se rappellera par exemple des motifs avancés par Mikhaïl GORBATCHEV, dans l'ex-URSS des années quatre-vingts, pour exalter la *glasnost* destinée à contrer notamment les partis politiques opposés à sa *Perestroïka* et permettre à son peuple d'accéder à la liberté d'expression.
[2086] Dans le même sens, cf. COUËTOUX (1981), p. 36.
[2087] BURKERT (1988), pp. 14s.
[2088] BOLLE DE BAL (2000), p. 49.
[2089] Ainsi n'est-il pas rare que le secret soit régulièrement associé au mensonge. Pour CORBOZ (1993), p. 78, par exemple, secret et mensonge sont « *ennemis de la vérité. Surtout en matière pénale, le secret éveille l'idée de la complicité* ».
[2090] Richard SENNETT, *Les tyrannies de l'intimité*, Paris, Seuil, 1979, cité par GLEIZAL (1981), pp. 63s et PETITAT (1998), p. 223.
[2091] DEMICHEL (2002), p. 511.

1.1.2 Apologie de l'opacité : maintien absolu du secret

A l'inverse, le secret peut être synonyme à la fois de pudeur, de discrétion et de considération[2092]. Il peut poursuivre la protection d'intérêts publics supérieurs, tels que la sûreté de l'Etat et la défense nationale, ou s'ancrer dans les relations interpersonnelles et reposer sur une idée de retenue et de circonspection. A son origine peut aussi survivre une norme déontologique. Il revêt alors un caractère symbolique et immémorial. Plus généralement, il renvoie à une « *dimension réservée, singulière, de sentiments, d'actes, de gestes, de territoires* »[2093] qui laisse supposer qu'il y a quelque chose de l'ordre du « *sacré* » dans le secret[2094].

Si le secret respecte l'intimité de tout individu, *a contrario* la transparence la nie dans tous ses attributs. Dans cette optique, la transparence viole le privé et/ou brise la confiance d'une relation privilégiée ; à sa dernière extrémité, elle pourfend la dignité de l'homme. Elle est alors qualifiée d'insolente, d'impudique, voire d'obscène[2095]. Elle est perçue comme l'instrument du *Big Brother* orwellien et participe de l'omnipotence qui tend à « *la domination absolue* » des sujets devenus « *objets* »[2096].

Il ressort de ces définitions manichéennes que l'appréhension de notre problématique ne réside ni dans la transparence, ni dans le secret absolus. Il faut éviter de poser en dogme l'un ou l'autre. La transparence est malsaine, dès lors qu'elle mène à l'omniscience destinée à mieux contrôler et à discipliner l'individu. A l'inverse, l'opacité est susceptible de bloquer tout processus d'échange, d'induire le doute et de favoriser la suspicion. En définitive, c'est vers une conception plus nuancée de l'articulation secret-transparence - la recherche d'un équilibre - qu'il convient de se tourner. Il faut donc admettre que le secret et la transparence « *sont les deux faces d'une même médaille, et ne peuvent aller l'un sans l'autre* »[2097], et qu'il est dès lors inéluctable de déceler les circonstances dans lesquelles le secret peut ou doit être levé et, à l'inverse, celles qui imposent qu'il demeure.

1.2 Les solutions actuelles retenues

Par la force des choses, le secret revêt en détention plus un caractère collectif qu'individuel. Ce constat ne pose pas de problèmes particuliers s'agissant du secret de fonction. Il constitue en revanche une brèche considérable au secret médical. Deux initiatives ont dès lors tenté de résoudre à leur manière les problèmes que pose l'observation du secret médical en milieu carcéral. La première, de façon indirecte, émane des juristes. Nous répéterons qu'ils plaident en majorité en faveur d'une distinction aussi délicate qu'inadéquate dans le contexte qui nous intéresse. La seconde est l'œuvre d'une commission pluridisciplinaire de l'Académie suisse des sciences médicales. Elle tend vers une solution plus nuancée mais qui semble ne répondre que partiellement aux nécessités du milieu. Par conséquent, toutes deux ne parviennent pas à

[2092] BREDIN (1997), p. 83.
[2093] LAMARCHE-VADEL (1984), p. 145.
[2094] LE CHEVALIER (1960), pp. 74s; BOK (1989), p. 7.
[2095] AFFERGAN (1984), p. 38.
[2096] BOLLE DE BAL (2000), p. 49. En tant qu'il a anticipé sur le recours toujours plus fréquent au concept qui consiste à *voir sans être vu*, BENTHAM est en la matière un précurseur, ainsi que le souligne LE BRAS (1984), p. 193.
[2097] COUËTOUX (1981), p. 22.

apaiser les animosités qui pèsent sur le secret médical "incarcéré". D'où la nécessité de concevoir de nouvelles règles de conflit qui délimitent de façon circonstanciée les dérogations nécessaires à cette obligation de confidentialité. Pour ce faire, nous nous inspirerons de pistes législatives, l'une cantonale, l'autre étrangère. Nous nous attarderons également sur une instance relativement récente et née de la pratique, à savoir la Commission interdisciplinaire consultative vaudoise, qui constitue un exemple-type de collaboration interdisciplinaire réussie.

1.2.1 Par la doctrine

La doctrine dominante permet à l'heure actuelle de régler le problème du double régime juridique de l'obligation de confidentialité du **médecin fonctionnaire**, mais de façon inadéquate à notre sens. Elle procède en effet à une distinction selon nous périlleuse, en recourrant à la nature des faits couverts par le secret.

Pour déterminer si le médecin pénitentiaire est lié au secret de fonction et/ou au secret médical, la doctrine majoritaire préconise on l'a vu une subtile distinction. Elle estime en effet que le personnel médical d'une institution publique est « *soumis cumulativement au secret de fonction et au secret professionnel* »[2098], le secret devant être qualifié juridiquement selon que la nature des faits relève ou non du domaine médical[2099]. Dès lors, le soignant est « *soumis au secret professionnel en ce qui concerne les informations relatives au patient et à son traitement et (…), au secret de fonction en ce qui concerne les informations relatives à l'institution dans laquelle il travaille et au fonctionnement de celle-ci* »[2100]. L'argument selon lequel le médecin de l'établissement, dans la mesure où il est également astreint au secret de fonction peut - voire doit - dévoiler les informations médicales à ses collègues non-soignants se révèle dès lors infondé. Si l'information est de nature médicale, elle tombe nécessairement sous le coup de l'article 321 CP. Aussi sied-il de raisonner sur la base du mécanisme de levée du secret que cette disposition consacre pour en délier son détenteur. Ce processus implique du médecin qu'il recueille auprès de son patient son consentement libre et éclairé, à défaut qu'il obtienne de l'autorité compétente une autorisation. Le consentement ou l'autorisation acquis le fonde alors enfin à décider s'il révèle ou non les faits secrets en cause.

En conséquence, il ne s'agit pas seulement de déterminer la nature du secret, encore faut-il respecter un mécanisme lourd et complexe de levée, lequel en définitive laisse au seul médecin le soin de régler *in fine* la question puisque ce dernier, même délié, demeure selon la doctrine dominante libre de parler ou de se taire. En outre, nous rappelons que le consentement du patient-détenu ne peut que rarement être libre. Enfin, il n'existe pas de critères spécifiques qui permettent de résoudre le conflit d'intérêts ici en présence. L'autorité compétente pour se prononcer sur la levée ne peut dès lors qu'évaluer les biens juridiques en présence et attribuer la préséance à celui qu'elle estime prépondérant. Or, cette appréciation se

[2098] KELLER (1993), p. 100; STROUN/BERTRAND (2003), p. 170. Dans le même sens mais formulé différemment, cf. BERNHEIM J. (2000), p. 22, selon lequel « *le secret médical se superpose de manière indépendante au secret de fonction (…)* ».
[2099] POLEDNA/BERGER (2002), p. 153, n°246: « *je nachdem ob das Geheimnis ihre amtliche* (sic) *oder therapeutischen Aufgaben betrifft* ». En ce sens également, voir GUILLOD/GIAUQUE (1999), p. 55; DONATSCH/WOHLERS (2004), p. 472, par. 111.
[2100] MARTIN/GUILLOD (2000), p. 2047. Cf. également RUSSEK (1954), p. 58; SCHULTZ (1979), p. 373; REHBERG (1994), p. 340.

fait au cas par cas et à un moment temporellement arrêté. L'intervention de l'autorité ne favorise donc pas une cohérence à laquelle peuvent pourtant légitimement aspirer les praticiens. Par ailleurs, au cas où ni le consentement du patient, ni l'autorisation de l'autorité compétente ne peut être recueilli, la loi n'offre au médecin qui souhaite déroger à son secret dans le respect de la loi que l'option de recourir aux faits justificatifs généraux. Nous avons démontré cependant que ces derniers ne peuvent être invoqués qu'en présence de cas exceptionnels, alors qu'il existe des situations de divulgation du secret médical en détention récurrentes. Cette procédure se révèle donc inadaptée au regard de notre problématique.

1.2.2 Dans les Directives de l'Académie suisse des sciences médicales

L'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) est une fondation de droit privé au sens des articles 80ss du Code civil. Créée en 1943 par des Facultés de médecine et la Fédération des médecins suisses, elle a notamment pour objectifs d'anticiper les problèmes éthiques auxquels la médecine devra répondre à l'avenir[2101]. Sa commission centrale d'éthique médicale réunit en groupes de travail[2102] des membres d'horizons divers, dont la tâche consiste à étudier des problèmes spécifiques. A l'issue de leur examen, ces problèmes font souvent l'objet de *Directives médico-éthiques*[2103] bénéficiant d'un large consensus[2104].

Les *Directives concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues* ont été approuvées par le Sénat de l'ASSM le 28 novembre 2002. Elles comprennent treize règles qui sont autant de garde-fous circonscrivant l'exercice de la médecine en des lieux de privation de liberté. Elles traitent notamment de l'équivalence des soins, des conditions d'examen médical, du consentement du patient-détenu et de l'indépendance des soignants en conformité avec les textes régionaux et internationaux précités. Elles fournissent au professionnel de la santé « *un cadre décrivant les droits et les devoirs du médecin (…) [qui] délimite du même coup les exigences des autorités et réserve les droits à l'accès aux soins de santé des personnes détenues* »[2105]. Destinées tant au personnel soignant qu'aux autres protagonistes chargés de l'encadrement de patients privés de leur liberté[2106], elles « *s'adressent [également] aux autorités administratives et exécutives, cas échéant législatives, de notre pays* »[2107].

S'agissant du secret médical, la règle 10.1 postule qu'il « *doit être respecté selon les mêmes dispositions légales qui s'appliquent pour les personnes libres (art. 321 CPS)* », mais la règle 10.2 y apporte une nuance importante en ces termes: « *Toutefois, la promiscuité créée par la*

[2101] Pour connaître les priorités de l'ASSM, voir sous : http://www.samw.ch/.
[2102] Ou « *sous-commission* ». Pour un survol succinct de l'organisation de l'ASSM et des tâches de sa Commission centrale d'éthique médicale, voir FEDERATION DES MEDECINS SUISSES (1992), pp. 155s.
[2103] Les Directives médico-éthiques les plus récentes sont les suivantes : Directives médico-éthiques pour le traitement et la prise en charge des patients souffrant d'atteintes cérébrales extrêmes de longue durée, approuvées par le Sénat de l'ASSM le 27 novembre 2003 ; Directives médico-éthiques et recommandations pour le traitement et la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance, approuvées par le Sénat de l'ASSM le 18 mai 2004 ; Directives médico-éthiques pour la prise en charge de patients en fin de vie, approuvées par le Sénat de l'ASSM le 25 novembre 2004 ; Directives médico-éthiques pour les mesures de contrainte en médecine du 25 mai 2005.
[2104] RÜETSCHI (2002), p. 233.
[2105] Cf. l'avant-propos de VALLOTTON M./STAUFFACHER W. in : Bulletin des médecins suisses, n°1/2, 83(2002), p. 28.
[2106] Personnes privées de leur liberté en raison d'une décision d'une autorité policière ou judiciaire (y compris militaire) ou de la législation sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers.
[2107] D'où parfois l'emploi du conditionnel en plein texte, par exemple dans le préambule des Directives.

vie carcérale, qui peut durer quelquefois plusieurs années, de même que le rôle de garant et parfois même d'auxiliaire de soins souvent joué par les agents pénitentiaires (…) peuvent imposer un échange d'informations sanitaires entre le personnel de santé et le personnel de sécurité ». Aussi la règle 10.3 prévoit-elle que « *dans ces conditions, le médecin doit s'efforcer, avec l'accord du patient détenu, de répondre à chaque fois aux interrogations légitimes du personnel pénitentiaire (…)* ». Dans le cas où le patient-détenu s'oppose à la révélation alors que la situation est susceptible de créer un « *danger pour la sécurité ou pour des tiers* », la règle 10.4 distingue selon que ce danger menace ou non la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui. Dans le premier cas de figure, elle préconise que le médecin déroge à son secret et en avertisse directement les autorités compétentes, voire le tiers menacé. Dans la seconde hypothèse et si « *le médecin estime qu'il est de son devoir d'informer des tiers, notamment les responsables et/ou le personnel de surveillance en charge du cas* », elle envisage qu'il demande à l'autorité compétente la levée de son secret, sans toutefois omettre d'en informer son patient.

D'une manière générale, les directives médico-éthiques « *ne déploient pas d'effets juridiques directs* »[2108], mais revêtent en revanche un effet indirect en ce sens que « *sur le plan législatif, les cantons s'en inspirent pour édicter leur législation sanitaire* »[2109]. Plusieurs lois cantonales s'y réfèrent en effet, expressément ou non[2110]. Il est dès lors concevable qu'une future réglementation légale s'inspire de l'articulation de ces règles pour concrétiser un mode de communication des informations confidentielles entre les intervenants convoqués à la prise en charge des détenus.

Au-delà de leur influence sur le plan législatif, ces directives permettent également - et plus concrètement encore - de guider le soignant « *là où le droit médical ne connaît pas de réglementation légale précise et met en œuvre des notions juridiques indéterminées* »[2111]. En ce sens, elles constituent « *le reflet des règles de l'art* » dans le domaine considéré[2112] et facilitent indirectement l'application de normes exprimées en des termes généraux[2113]. Elles offrent enfin un véritable cadre de référence « *à tous ceux intéressés par l'évolution de la profession médicale* »[2114] et une base de discussion pour résoudre les dilemmes auxquels est confrontée la médecine contemporaine[2115].

Les directives destinées aux soignants pénitentiaires confirment définitivement les enjeux de l'exercice de leur pratique en prison. Il nous apparaît toutefois qu'elles ne vont pas suffisamment loin s'agissant des circonstances dans lesquelles leur secret professionnel serait susceptible d'être levé. Bien qu'elles soulignent les spécificités du milieu d'exercice et celles de leurs relations avec les surveillants et les détenus notamment, elles se contentent de

---

[2108] SCHULTZ (1985), p. 263.
[2109] ENGEL (1987), p. 7. L'ATF 98 Ia 508 admet également le renvoi indirect. Pour de plus amples développements sur la portée de ces Directives, lire SPRUMONT (1993) pp. 185ss. Voir aussi l'ATF 123 I 112, 128ss qui va plus loin, en ce sens qu'il reconnaît le renvoi direct statique, voire même dynamique. Sur la possible reconnaissance, sous certaines conditions, d'un effet juridique propre à certaines directives de l'ASSM, cf. RÜETSCHI (2002), pp. 245-251.
[2110] Notamment en matière de procréation médicalement assistée. Sur ce point, cf. ENGEL (1997), p. 7 et RÜETSCHI (2002), pp. 239-242.
[2111] SCHULTZ (1985), p. 263.
[2112] MANDOFIA BERNEY/BÜRGISSER (1994), p. 55.
[2113] SCHULTZ (1985), p. 265; MANAÏ (1999), p. 71.
[2114] SPRUMONT (1996), p. 258.
[2115] RÜETSCHI (2002), p. 236.

retranscrire le mécanisme de l'article 321 CP, maintenant le pouvoir décisionnel entre les mains du médecin, puisque c'est à lui seul que revient le choix d'entamer ou non la procédure de levée. A notre sens, il aurait été plus judicieux de préciser la relativité du secret et de prévoir un protocole de partage des informations confidentielles qui ne soit pas tributaire de la seule appréciation de son détenteur.

1.2.3 Dans la loi

1.2.3.1 Un exemple tiré de la législation cantonale

Avant de conclure à la nécessité d'élaborer un corpus de règles de conflit régissant l'obligation de secret en milieu carcéal, nous avons cherché à trouver une solution dans la législation en vigueur. Nos efforts n'ont pas obtenu les résultats escomptés. Une disposition cantonale, relevée par BERGER[2116], nous a toutefois intriguée. Il s'agit de l'article 7 de la loi genevoise sur l'Office de la jeunesse[2117], dont la note marginale s'intitule « *sauvegarde du secret* » et dont la teneur est la suivante :

> « *[1]En vertu du secret de fonction auquel sont tenus les fonctionnaires et employés de l'office, les renseignements qui leur sont confiés ou dont ils ont connaissance ne peuvent être divulgués. Le secret médical est également réservé.*
> *[2]Toutefois, lorsque le bien du mineur le justifie et qu'il n'en résulte aucun inconvénient dans l'action sociale, juridique ou médicale des services de l'office, le service intéressé fournit, de son propre chef ou sur demande motivée, les renseignements utiles aux autorités et services appelés à s'occuper de la situation de mineurs.*
> *[3]De plus, les services peuvent échanger avec des médecins, des ecclésiastiques et, s'il y a lieu, avec d'autres personnes tenues au secret de fonction ou au secret professionnel, des informations utiles aux mineurs. Enfin, des indications non confidentielles peuvent être échangées avec des institutions privées qui collaborent avec l'office* ».

Cette disposition a ceci d'intéressant qu'elle semble ériger expressément le secret partagé entre des acteurs relevant de différentes autorités et dont le statut et/ou la qualité diffère(nt). Aussi est-il admis que le personnel de l'Office de la jeunesse, par-delà le secret de fonction auquel il est astreint, communique des informations concernant un mineur dont il a la responsabilité à d'autres services ou autorités amenés à s'en occuper. En outre, il peut échanger des informations qualifiées d'« *utiles* » au mineur à des personnes extérieures à l'office dès lors qu'elles sont elles-mêmes tenues au secret de fonction ou au secret professionnel. Pour déterminer le bien fondé d'un échange d'informations, l'alinéa 2 implique que soient pris en considération non seulement l'intérêt privé du mineur, mais également l'intérêt public à ce que l'office fonctionne correctement. La formule auquel il recourt se réfère donc à une pluralité d'intérêts, de prime abord contradictoires. Elle ne satisfait certes

[2116] BERGER (1970), pp. 186s.
[2117] Loi sur l'office de la jeunesse du 28 juin 1958 (RSG J 6 05). En vertu de l'article 317 CC, il incombe en effet aux cantons d'« *assure[r], par des dispositions appropriées, une collaboration efficace des autorités et services chargés des mesures de droit civil pour la protection de l'enfance, du droit pénal des mineurs et d'autres formes d'aide à la jeunesse* ».

pas en raison de son manque de précision, mais marque la nécessité d'un échange. Par ailleurs, la décision de fournir les informations requises revient au seul service concerné de l'office[2118]. La procédure de levée se révèle donc moins lourde, en tant qu'elle ne prévoit par l'intervention du chef du département sous la responsabilité duquel l'office est placé[2119], mais confie un pouvoir d'appréciation étendu aux acteurs de la protection de la jeunesse directement confrontés à une nécessité de partage. L'alinéa 3 aussi est révélateur : le verbe utilisé, à savoir « échanger », suppose qu'il peut y avoir réciprocité entre les acteurs tenus au secret de fonction et/ou professionnel en présence, qu'ils relèvent ou non du service concerné, voire même qu'ils soient externes à l'office. Pour autant qu'ils jouent un rôle dans la prise en charge du mineur, ils se voient autorisés à se transmettre mutuellement des données personnelles le concernant.

On peut s'interroger sur la question de savoir si cette disposition constitue une base légale suffisamment claire et précise pour délier les professionnels auxquels elle s'adresse de leur secret respectif. A notre sens, elle est de toute manière contraire au principe de la force dérogatoire du droit fédéral[2120]. S'il faut donc admettre qu'elle déroge aux dispositions pénales sur le secret professionnel et de fonction, elle ne manque pas cependant de nous questionner sur la pertinence d'une prise en charge plurielle d'un individu, qui viendrait à se substituer à un encadrement strictement sectoriel et dès lors plus ou moins hermétique. De toute évidence, elle est l'expression d'une quête du juste équilibre entre les intérêts en présence et souligne l'importance d'une collaboration pluridisciplinaire entre les différents intervenants sollicités dans le contexte de la « *protection de la santé physique et morale de la jeunesse* »[2121].

1.2.3.2 Une piste étrangère

Le 12 janvier 2005 a été promulguée en Belgique la *Loi de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus*[2122]. Celle-ci contient un certain nombre de dispositions particulièrement intéressantes sur l'aménagement des soins en milieu carcéral et le rôle du médecin pénitentiaire, dispositions qui poursuivent toutes un objectif d'équivalence[2123]. La loi notamment reconnaît dans une certaine mesure le libre choix du médecin. L'article 89 dispose en effet qu'un « *nombre suffisant* » de médecins, de psychiatres, de dentistes et de gynécologues doivent être attachés à chaque établissement « *pour offrir au détenu une possibilité minimale de libre choix du médecin* ». Le détenu peut en outre demander à consulter un soignant de son choix qui ne serait pas rattaché à la prison, moyennant l'accord de la direction qui statue notamment au regard des exigences d'ordre et de sécurité de l'établissement. Il incombe en outre au directeur de veiller à la disponibilité des professionnels de la santé ainsi qu'à l'aménagement de locaux offrant « *des garanties pour la protection de la vie privée* »[2124].

[2118] Aux termes de l'art. 2 de ladite loi, l'Office de la jeunesse regroupe notamment le service de santé de la jeunesse, le service médico-pédagogique, le service social de la jeunesse, le service de protection de la jeunesse et le service du tuteur général et d'entraide de la jeunesse.
[2119] En l'espèce, le Département en charge de l'instruction publique, en vertu de l'art. 3 al. 1er de ladite loi.
[2120] Art. 46 al. 1er et 49 al. 1er Cst.
[2121] Art. 1er de la Loi sur l'Office de la jeunesse.
[2122] Publiée au Moniteur belge le 1er février 2005, n°32 (2005), p. 2815.
[2123] Le principe d'équivalence est expressément consacré à l'art. 86 de la Loi de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus.
[2124] Art. 92 de ladite loi.

La loi opère par ailleurs désormais une distinction claire entre « *médecin traitant* » et « *médecin-conseil* », c'est-à-dire entre médecine de confiance et médecine d'expertise[2125]. Disposition charnière en la matière, l'article 95 consacre l'indépendance professionnelle des soignants traitants rattachés à l'établissement. Non seulement « *leurs évaluations et décisions concernant la santé des détenus sont fondées uniquement sur des critères médicaux* », mais ils ne peuvent également pas « *être contraints de poser des actes qui compromettent leur relation de confiance avec le détenu* ». En conséquence, le médecin pénitentiaire traitant ne peut plus être appelé à concourir à des actions qui relèvent de l'expertise. Tous les actes requis par l'administration pénitentiaire et/ou l'autorité judiciaire sont dès lors transférés à la compétence de « médecins-conseils », lesquels peuvent s'adjoindre les services de membres de professions paramédicales et de psychologues[2126]. L'article 99 par. 2 de la loi dresse une liste exemplative de ces actes[2127]. Ils se réfèrent tous à la formulation d'avis requis à l'occasion de circonstances particulières. Il peut s'agir d'avis concernant notamment l'aptitude du détenu au travail et à la pratique du sport et de contre-indications médicales émises dans le cadre de l'imposition d'une mesure de sécurité particulière[2128] ou du placement disciplinaire en cellule d'isolement[2129]. Ces actes s'étendent également à la formulation d'avis requis lors de processus décisionnels en rapport avec le plan individuel d'exécution de peine, le transfert et l'aménagement des modalités d'exécution de la peine (congés, libération conditionnelle, etc.). Les « médecins-conseils » sont de plus investis de la tâche d'inspection des locaux, des objets et des denrées alimentaires, en conformité avec les normes d'hygiène et de santé élémentaires.

Le « médecin traitant » demeure en revanche compétent dès lors qu'il constate que « *la santé mentale ou physique d'un détenu subit de graves dommages du fait de la poursuite de la détention ou de toute circonstance y ayant trait* ». Dans ce cas et pour autant que le détenu y consente, il doit alerter le directeur de l'établissement qui déclenchera le cas échéant le processus susceptible de mener à la grâce[2130]. Il doit également informer la direction d'éventuels manquements aux critères relatifs à la santé et à l'hygiène[2131]. Il semble également qu'il lui incombe de communiquer l'imminence du décès d'un détenu au directeur, puisque ce dernier a l'obligation d'en informer ses proches et/ou son représentant légal[2132]. Il lui revient enfin d'avertir le directeur de tout(e) (risque de) maladie contagieuse et des mesures qui doivent être prises pour isoler un détenu afin d'éviter la propagation d'une maladie[2133]. Pour le reste en revanche, le « médecin traitant » se voit débarrassé d'un grand nombre de conflits de rôles, désormais dévolus au « médecin-conseil ». Le statut de ce dernier n'a toutefois pas été précisé[2134]. Par cette stricte séparation des fonctions, la loi belge reconnaît incontestablement l'"unicité" de la mission médicale du soignant traitant.

[2125] SNACKEN (2002), p. 150.
[2126] Art. 99 par. 1 de ladite loi.
[2127] BATHOLEYNS/BÉGHIN/BELLIS/MARY (2002), pp. 184s.
[2128] Cf. art. 109 par. 2 et 112 par. 4 de ladite loi, s'agissant du suivi médical du détenu placé sous un régime de sécurité particulier.
[2129] Cf. également l'art. 132 de ladite loi, s'agissant du suivi médical du détenu placé en cellule d'isolement.
[2130] Art. 94 de ladite loi.
[2131] Art. 97 par. 3 de ladite loi.
[2132] Art. 93 de ladite loi.
[2133] Art. 98 de ladite loi.
[2134] BATHOLEYNS/BÉGHIN/BELLIS/MARY (2002), p. 185.

Quand bien même nous ne pouvons concevoir leur transposition pure et simple dans notre ordre juridique en raison des spécificités de la situation pénitentiaire helvétique actuelle[2135], ces dispositions sont particulièrement intéressantes. A l'instar des autres pistes de réflexion susmentionnées, nous pensons donc opportun de nous en inspirer.

1.2.4 En pratique

1.2.4.1 La Commission interdisciplinaire consultative vaudoise

Il existe dans le canton de Vaud une commission dont la mission principale consiste à dépouiller les informations qui lui sont transmises, notamment par les soignants (somaticiens et psychiatres), avant de restituer à d'autres autorités, telle que la commission compétente en matière de libération conditionnelle, celles qu'elle estime leur être nécessaires pour rendre une décision éclairée. La Commission interdisciplinaire consultative vaudoise (CIC) apparaît ainsi comme un pont entre les autorités médicales et les autres autorités, notamment judiciaires et pénitentiaires, dans tous les cas impliquant en particulier un délinquant nécessitant une prise en charge psychiatrique.

Eu égard aux missions qui lui sont confiées[2136] et de façon imagée, on peut dire de la CIC qu'elle est amenée à assumer pêle-mêle les principaux rôles suivants:

- celui de "boite aux lettres", en recueillant non seulement les rapports - en particulier médicaux, sociaux et "pénitentiaires" - et autres préavis de différents protagonistes sur le cas à l'étude, mais également le cas échéant la parole du détenu dont le dossier est à l'examen ;

- celui de "filtre", en ne délivrant à une tierce autorité que l'information consécutive à une demande d'avis et/ou nécessaire à une prise de décision, par exemple relative à une modalité d'exécution de peine. Elle permet de la sorte « *d'éviter dans une large mesure les problèmes de secret médical en ne fournissant à l'autorité [non médicale] que ce qui lui est nécessaire* »[2137] ;

- celui d'"ombudsman" entre les différents entités et professionnels impliqués, en tant qu'elle est une courroie neutre et impartiale de transmission des informations qui permet de remédier à leurs difficultés de dialoguer et, consécutivement, de pallier aux conflits susceptibles d'enrayer leur collaboration. En cela, elle délimite implicitement la place des différents acteurs dans la prise en charge de l'intéressé et clarifie leurs rôles respectifs ;

- celui de "suivi" des délinquants soumis à une prise en charge psychiatrique, que ce soit en cours de l'exécution de la sanction ou après leur incarcération. Elle peut dans ce cadre se prononcer « *sur la possibilité d'une action thérapeutique [et] l'évaluation des*

[2135] Spécificités liées notamment à l'organisation et à la taille de nos établissements, mais également à l'absence d'une loi unique en matière d'exécution des sanctions privatives de liberté.
[2136] Art. 2 et 6 du Règlement sur la Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychiatrique du 15 juin 1994 (RSVD 340.01.2).
[2137] VALLOTTON (2000*a*), p. 61.

difficultés rencontrées par le thérapeute »[2138] et/ou suggérer « *de recentrer le traitement ou de le réorienter en fonction de l'évolution du patient* »[2139] ;

- celui de "conseiller", puisqu'elle fournit ponctuellement aux autorités « *des avis indispensables sur la dangerosité, l'efficacité de la prise en charge [et] les orientations à lui donner* »[2140] et propose aux intervenants des pistes de réflexion et des méthodes de prise en charge ;

- celui de "phare", dès lors qu'elle est amenée à guider et coordonner à distance les autorités et leurs collaborateurs en prise avec des situations particulièrement délicates. Elle leur sert ici « *de deuxième supervision* », spécialisée et indépendante[2141] ;

- celui enfin de "référence", en tant qu'elle peut être sollicitée par d'autres cantons que celui dans lequel elle siège.

La CIC est composée de cinq membres soit deux psychiatres - dont l'un, son Président, est reconnu comme spécialiste de la prise en charge des délinquants violents -, un psychologue, un magistrat et un travailleur social. Tous sont nommés par le Conseil d'Etat pour une durée de quatre ans renouvelable. Le membre impliqué dans la prise en charge d'un détenu dont le dossier est à l'examen doit toutefois se récuser dans le cas particulier[2142]. Un collaborateur du service pénitentiaire assure son secrétariat[2143]. Si elle intervient automatiquement et principalement à l'égard des personnes dont la peine privative de liberté a été assortie d'une obligation de traitement et de celles condamnées en vertu de l'article 43 ch. 1er al. 2 CPS, ses compétences peuvent aussi être mobilisées pour d'autres détenus[2144].

En ce qui concerne la problématique qui nous occupe, cette institution est particulièrement intéressante. En effet, la CIC apparaît tout d'abord comme l'exemple type le plus abouti, tant en matière de travail interdisciplinaire (au regard de sa composition et de son fonctionnement) que de travail en réseau interinstitutionnel (s'agissant de ses interactions avec les autres entités étatiques).

Elle est ensuite un véritable instrument de partage des informations entre ses différents membres ; informations qui sont précisément scellées par le secret. Ses membres sont astreints au secret médical et/ou au secret de fonction[2145]. Si seuls les soignants de la commission ont accès aux dossiers médicaux transmis à la CIC[2146], ils sont toutefois habilités à en restituer les lignes essentielles aux autres membres afin que puisse être pris en considération l'ensemble des données pertinentes pour émettre l'avis nécessaire à une prise de décision ultérieure. Dans ces conditions, ses membres peuvent motiver et expliquer leur avis à l'autorité mandante « *sans toutefois divulguer le contenu des rapports médicaux qui [leur] sont transmis par les thérapeutes* »[2147]. De la sorte, le médecin pénitentiaire traitant du détenu

[2138] GRAVIER (1999*c*), p. 6.
[2139] VALLOTTON (1998), p. 44.
[2140] VALLOTTON (2000*a*), p. 61.
[2141] GRAVIER (1999*c*), p. 8; VALLOTTON (2000*a*), p. 61.
[2142] Art. 4 dudit Règlement.
[2143] Art. 5 dudit Règlement.
[2144] Art. 8 dudit Règlement.
[2145] Art. 7 al. 3 dudit Règlement.
[2146] Art. 7 al. 1er dudit Règlement.
[2147] GRAVIER (1999*c*), p. 6.

dont le dossier est à l'examen n'est pas placé dans une situation par trop équivoque. En particulier, il n'évalue ni se prononce sur la situation de son patient. Il se contente de transmettre en toute objectivité les informations le concernant, à charge pour la Commission d'en restituer le "nécessaire" et le "pertinent" à l'autorité mandante compétente pour rendre la décision.

Pour autant que tous les protagonistes appelés à intervenir dans ce processus jouent le jeu[2148], la CIC se révèle un outil flexible de concertation qui tient compte non seulement des intérêts du détenu, mais également des missions et des spécificités de chaque entité et professionnels impliqués. En tant que ses avis se répercutent sur leurs pratiques et leurs décisions, elle nous apparaît en outre être une possible instance de conciliation susceptible de résoudre les craintes évoquées précédemment eu égard au contexte sécuritaire relativement délétère qui semble être de mise actuellement. Et de dire pour conclure que son dernier rôle - et peut-être le plus important - devrait être celui de "*garde-fou*" à certaines « *obsessions sécuritaires* »[2149].

[2148] GRAVIER (1999*c*), p. 7 et p. 8 *in fine*.
[2149] Le Monde diplomatique, *Manière de voir*, n° 71, octobre-novembre 2003.

2 UNE TYPOLOGIE *SUI GENERIS* DES SECRETS "INCARCERES"

2.1 Introduction

Au regard des développements qui précèdent, il est désormais aisé de dégager quels sont les secrets auxquels sont astreints les différents intervenants de l'exécution des sanctions. Tous sont tenus au secret de fonction au sens de l'article 320 CP et des législations cantonales, ainsi qu'au devoir de discrétion résultant des lois cantonales sur la protection des données ; certains se voient au surplus liés au secret qui résulte de l'exercice de leur profession. Ainsi en est-il du médecin et de ses auxiliaires.

Plus délicat est en revanche l'exercice de classification des situations - ou circonstances - spécifiques au cœur desquelles s'inscrit un secret dont on ne sait s'il est ou non possible d'y déroger et, le cas échéant, à l'égard de qui. Le recours à une typologie des secrets dans le cadre strictement délimité de l'institution particulière qui nous intéresse résulte des entretiens menés et des lectures qui nous ont accompagnée tout au long de notre réflexion. La typologie n'a d'autre prétention que d'organiser la description des principaux résultats auxquels nous sommes parvenue. Bien qu'elle puisse apparaître foncièrement rigide, elle est au contraire très malléable et n'est pas destinée à être saisie tel quelle, dans son intégralité. Elle est un outil théorique de casuistique qui induit inévitablement des décalages et soulève inéluctablement d'autres questions. Elle suppose dès lors un comportement actif de celui qui s'y intéresse, amené à jongler avec les différentes catégories du tableau pour s'approcher, dans le cas qui le préoccupe, de l'option la plus pertinente. Cela est d'autant plus vrai que cette typologie ne rend que grossièrement compte des incertitudes et des contradictions qui découlent tant de l'objet « secret » que de l'institution « prison ».

En raison du fait qu'elle révèle avec acuité l'ensemble des enjeux résultant de la coexistence des secrets en prison, il convient de développer cette typologie à partir de la situation du soignant pénitentiaire. Ce dernier est en effet le seul des intervenants impliqués directement dans la prise en charge du détenu qui soit astreint aux deux obligations distinctes de confidentialité qui nous ont principalement occupée, à savoir le secret médical et le secret de fonction. Il va de soi toutefois - et c'est là toute la flexibilité d'une typologie - que le raisonnement pourrait être mené pour chaque intervenant, pour autant que soient prises en considération ses spécificités intrinsèques, puisque les rôles, les missions et les qualités de chacun, rappelons-le, sont certes complémentaires, mais pas interchangeables.

Concrètement, cette typologie se présente sous la forme d'une grille de lecture. Elle présente un catalogue de secrets qualifiés en fonction de "situations-dilemmes" qui suscitent leur ouverture. Elle détermine en outre quels sont les acteurs en présence qui sont supposés être impliqués dans ce partage. Un mot-clef précise enfin le statut de la coexistence du secret médical et du secret de fonction pour chaque "situation-dilemme" envisagée.

Typologie des secrets "incarcérés" à partir de la relation patient-détenu / médecin pénitentiaire

Secrets	*Situations-dilemmes*	*Tiers impliqués*	*Coexistence des secrets*
Secret relatif	• **Patient-détenu compromet sérieusement sa vie ou son intégrité corporelle** • **Patient-détenu compromet sérieusement la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui**	**Membres de la direction**	**Confusion**
Secret partagé au sens étroit	• **Prise en charge par l'équipe médicale**	**Autres soignants**	**Communion**
Secret partagé au sens large	• **Appréciation de l'opportunité de l'octroi d'une modalité d'exécution de peine** • **Appréciation de l'opportunité d'une interruption de l'exécution de la peine pour raison(s) médicale(s)**	**Autres intervenants impliqués dans la prise en charge du détenu concerné**	**Collision**
Secret expertal	• **Détermination de l'aptitude du détenu à travailler** • **Détermination de la compatibilité de l'état de santé du détenu avec un placement en cellule d'isolement disciplinaire** • **Délivrance de toute autre (contre-) indication médicale susceptible de léser la relation médecin pénitentiaire traitant/patient-détenu** • **Avis sur toute décision susceptible d'aboutir à une mesure de nature coercitive préjudiciable à la santé du détenu** • **Prélèvement sanguin et contrôle urinaire** • **Fouille corporelle intime** • **Expertise du détenu consentant pour lequel un constat de lésions traumatiques a été établi**	**Autorité mandante**	**Collusion**

Les secrets sont ici qualifiés en référence aux quatre "situations-dilemmes" qui se dégagent de circonstances particulières **dans** et **pour** lesquelles l'information couverte par le secret est recueillie et devrait selon nous être communiquée. Peu importe l'origine de l'information, pour autant qu'elle ne soit connue que d'un cercle restreint de personnes et que son maître ait un intérêt objectif à ce qu'elle demeure confidentielle et la volonté qu'elle le reste. Elle peut donc résulter des propos confiés par la personne incarcérée ou par un tiers - interne ou externe à l'institution - ou découler des observations du professionnel tenu au secret. A chaque "situation-dilemme" décelée correspond(ent) un ou plusieurs protagonistes autorisé(s) à pénétrer l'intimité du secret. L'interface inclusion-exclusion est cependant nuancée par la possibilité laissée au seul maître du secret, le détenu, de consentir à des exceptions à l'exclusion. Le maître du secret peut en effet toujours admettre qu'un tiers initialement exclu de la connaissance du fait confidentiel puisse tout de même y accéder, pour autant qu'il y consente librement.

2.2 Le secret relatif

Le secret relatif se rapporte à la prise en charge médicale simple, régulière (par exemple dans le cadre d'un traitement nécessitant une observation de longue durée) ou seulement ponctuelle (notamment à l'occasion d'une maladie bénigne) ; dans tous les cas non ordonnée. Le secret est ici la règle et la transparence "tempérée" - car de mise seulement à l'égard de certaines personnes - l'exception.

Dans le cadre de la prise en charge médicale simple, il devrait en effet à notre sens être admis que le secret soit maintenu sous réserve de deux situations de mise en danger qui devraient être clairement spécifiées au patient-détenu avant le début de sa prise en charge. A ces occasions, le détenteur du secret se verrait contraint de révéler certaines informations couvertes par son obligation.

Le secret relatif implique donc l'obligation du médecin de révéler les informations pertinentes et strictement nécessaires à la mise en œuvre des moyens destinés à empêcher que:

a) le patient-détenu compromette sérieusement sa vie ou son intégrité corporelle;
b) le patient-détenu compromette sérieusement la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui.

Le premier cas de figure (a) se réfère aux situations dans lesquelles le patient-détenu présente des signes de détresse profonde. Ce peut être le cas notamment lorsqu'il a tenté d'attenter à ses jours ou qu'il s'automutile régulièrement et toujours plus gravement. Cette clause englobe aussi la situation du détenu qui refuse obstinément de poursuivre son traitement ou qui poursuit une grève de la faim prolongée. Quand bien même sa volonté doit être respectée, les personnes impliquées dans sa prise en charge devraient être informées de l'évolution de son état afin qu'elles puissent participer à l'attention particulière qui doit lui être portée.

Le deuxième cas de figure (b) rend compte de situations dans lesquelles le comportement du détenu s'avère particulièrement agressif, soit qu'il en fasse physiquement la démonstration, soit qu'il profère à l'encontre d'autrui des menaces suffisamment dignes d'être prises au sérieux. Elle peut aussi entrer en considération en présence d'un détenu porteur d'une maladie

grave **et** contagieuse, pour laquelle une mise en quarantaine s'avère inéluctable, ainsi qu'elle le serait d'ailleurs en société libre[2150].

Dans ces deux cas de figure, nous pensons que le médecin devrait transmettre ses observations à la direction qui se chargerait de les répercuter aux membres du personnel pénitentiaire convoqués à l'encadrement du détenu concerné. Avant toutefois de procéder à cette communication, le médecin devrait veiller à en informer son patient-détenu. Les codétenus et les acteurs extra muros seraient exclus du cercle des personnes avisées, sous réserve du libre consentement de l'intéressé.

En résumé, la confidentialité serait ici de rigueur, sous réserve de deux conditions qui visent autant de situations différentes dans lesquelles soit le détenu lui-même, soit ceux qui l'entourent, se trouvent confrontés à un danger pour leur vie ou leur intégrité corporelle résultant de son comportement. Le cadre dans lequel s'exerce en l'espèce l'activité médicale a pour objectif le rétablissement et/ou le maintien de la santé du patient-détenu, lequel devrait être régulièrement informé par le médecin des actes qu'il accomplit sur sa personne afin de pouvoir y consentir valablement. Le statut du détenu est donc ici plus celui d'un patient traité au même titre que le serait dans les mêmes conditions un citoyen libre. Le médecin devrait en outre être totalement indépendant de toute pression externe et ses compétences requises demeurer strictement médicales. La levée de son secret se limiterait uniquement à ces deux cas dans lesquels sont en péril des intérêts privés qui priment celui au maintien du secret.

En conclusion, on peut dire des secrets médical et de fonction auxquels est tenu le médecin pénitentiaire qu'ils se **confondent** dès lors que la pesée des intérêts, ici réalisée en amont, indique son obligation de parler. La confusion dont il est ici question implique donc « *la fusion, la réunion sur une même personne de deux qualités juridiques qui s'éteignent* »[2151]. Par un processus d'absorption mutuel, secret médical et de fonction s'interpénètrent en effet pour se fondre complètement l'un dans l'autre dans les cas où le détenu compromet sérieusement sa vie ou son intégrité corporelle, ou celle d'autrui.

2.3 Le secret partagé entendu au sens étroit

Le secret partagé au sens étroit se réfère à la situation dans laquelle le médecin accomplit son activité entouré d'auxiliaires médicaux. L'équipe médicale suggère en effet que les informations confidentielles dont ses membres peuvent être les détenteurs doivent circuler librement entre eux, dans l'intérêt du patient-détenu et de l'exécution adéquate de sa prise en charge.

Dans ce cadre, les compétences des soignants seraient mobilisées à des fins strictement professionnelles et le statut du détenu serait celui d'un patient sujet d'un traitement médical. Son consentement au partage entre les membres de l'équipe, s'il devait être recherché, ne serait toutefois pas requis dès lors que l'échange des informations le concernant serait absolument nécessaire pour le bon accomplissement de la pratique professionnelle des

[2150] Sur ce point, cf. la règle 8 des Directives de l'ASSM concernant l'exercice de la médecine auprès de personnes détenues.
[2151] Les définitions des mots clés auxquelles il est renvoyé dans ce chapitre sont tirées du dictionnaire *Le Grand Robert de la langue française*.

soignants à son chevet. Il faudrait donc expliquer au patient-détenu les raisons de ce partage et le cadre circonscrit dans lequel il s'effectue. Il lui serait en particulier indiqué que le but poursuivi se limite à sa guérison, au maintien de son état de santé et/ou à la continuité des soins qui lui sont dispensés[2152].

Il appartiendrait au médecin responsable du service de rendre attentifs ses auxiliaires à l'obligation de confidentialité à laquelle ils sont tenus et de diffuser les directives nécessaires à son respect. Tous les intervenants qui ne sont pas placés sous la responsabilité du médecin-chef et/ou rattachés au service médical de l'établissement seraient exclus de cet échange, à moins que ne survienne l'une des deux situations de mise en danger susmentionnées. Dans ces cas en effet, il incomberait au médecin responsable du service médical de communiquer à la direction de l'établissement les faits secrets qui s'y rapportent. Le principe serait ainsi le secret partagé sous réserve des exceptions liées au péril résultant du comportement du détenu, soit à l'égard de sa personne, soit à l'égard d'autrui.

On peut dire ici du secret professionnel auquel est astreint chaque collaborateur du service médical qu'il est en **communion** avec celui, identique, de ses confrères dans l'intérêt du patient-détenu. La notion de communion nous paraît en effet précisément restituer le contexte dans lequel s'inscrit le secret partagé entendu au sens étroit car elle suppose « *la participation, l'union de ceux qui professent une même foi* », en l'espèce la pratique médicale.

2.4 Le secret partagé entendu au sens large

Le secret partagé au sens large renvoie à des situations dans lesquelles plusieurs intervenants différents sont directement impliqués dans la prise en charge d'une personne incarcérée dont le cas doit être apprécié. Il se rapporte à des causes pour lesquelles sa révélation s'avère justifiée par un « *besoin de savoir* »[2153] commun aux différents acteurs, dans le cadre d'une concertation nécessairement requise à une occasion déterminée. On assiste alors à un renversement du principe du secret au profit de celui de la transparence "tempérée". L'ouverture du secret serait ici motivée par des fins prédéterminées et clairement spécifiées au patient-détenu. Elle se cantonnerait dès lors aux informations pertinentes et strictement nécessaires à la prise ultérieure d'une décision éclairée sur un objet intimement lié à l'exécution de la peine et à son aménagement.

Il convient de déceler très précisément ces circonstances dérogatoires au secret, en raison de l'atteinte - conséquente - portée aux intérêts privés du détenu. Aussi nous sommes-nous attelée à dresser une liste exhaustive des circonstances dans lesquelles le secret se devrait d'être partagé. Elles concernent toutes des situations dans lesquelles le détenu fait l'objet d'une réflexion qui nécessite le concours de l'ensemble des personnes chargées, à un titre ou à un autre, de son encadrement. Elles visent deux catégories spécifiques de processus décisionnels. La première (a) concerne les démarches liées à l'exécution proprement dite de la

[2152] Il est concevable que la notion de secret entendu au sens étroit s'étende aussi hors les murs de l'enceinte carcérale. Ce peut être le cas par exemple si un échange d'informations avec le médecin traitant externe est nécessaire ou à l'occasion d'un transfert du patient-détenu dans un nouvel établissement ou dans une institution hospitalière qui implique que des informations médicales le concernant soient dévoilées aux nouveaux soignants.
[2153] En d'autres termes, sur « *a need to know basis* », tel que conçu notamment par l'AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2000), p. 13, que nous n'irons toutefois pas jusqu'à traduire avec LUGINBÜHL (2005), p. 6 par un « *Informationsrecht* ».

peine, alors que la seconde (b) traite de l'interruption de l'exécution de la peine pour raison(s) de santé.

a) L'appréciation de l'opportunité d'octroyer une modalité d'exécution de peine relève de processus décisionnels qui ne peuvent faire l'économie d'une concertation plurielle, ainsi que nous l'avons constaté en particulier s'agissant des congés et de la libération conditionnelle[2154]. A ces occasions, les intervenants *intra muros* impliqués dans la prise en charge du détenu concerné devraient être contraints de participer à l'échange réciproque d'un certain nombre d'informations le concernant dans un souci d'individualisation de l'exécution de la sanction.

b) La deuxième situation de partage renvoie à l'interruption de l'exécution de la peine. Nous avons vu précédemment qu'elle concerne des motifs liés à l'état de santé du détenu. Cette décision est dès lors principalement fondée sur les observations du médecin qui devrait les communiquer à l'autorité compétente pour qu'elle se détermine à son propos ; le cas échéant aussi aux personnes investies de la mise en œuvre de l'interruption. Il va de soi par exemple que le personnel soignant de l'unité médicale qui accueillera le détenu concerné devrait être informé des grandes lignes de son vécu médical, social et carcéral. Il reviendrait par conséquent au médecin pénitentiaire traitant de trier en amont et avec circonspection les informations médicales qu'il estime nécessaires à la prise de décision de l'interruption de l'exécution de la peine par l'autorité compétente. Il veillerait en outre à informer de sa démarche le directeur de l'établissement, lequel pourrait ultérieurement être amené à expliquer sommairement le départ du détenu concerné aux collaborateurs qui en assuraient jusqu'alors la prise en charge.

Le détenu devrait être inconditionnellement informé de ces situations pour lesquelles un échange d'informations le concernant est requis. On peut imaginer qu'il le soit au cours de son entretien d'entrée, mais également par chaque intervenant à l'occasion de leur première entrevue. Le détenu devrait en particulier être informé des circonstances dans lesquelles un tel partage est de mise et dans quelle mesure les informations pourraient être délivrées, c'est-à-dire toujours en rapport au but recherché et uniquement à l'égard des intervenants réunis pour l'atteindre. Son consentement dans ce cadre ne pourrait être qu'imparfait car il ne lui resterait guère de latitude pour un refus. Il n'empêche qu'il devrait lui être laissé la possibilité de s'exprimer librement et de participer activement au processus décisionnel le concernant. Non seulement le médecin aurait à discuter avec lui des informations qui seraient à ces occasions restituées, mais il faudrait également lui laisser l'opportunité de s'exprimer dans le cadre de la séance de préavis. Bien qu'ils revêtent des statuts différents et exercent des tâches distinctes, les intervenants seraient ici associés dans l'interdisciplinarité et les compétences professionnelles du médecin requises au même titre que le sont celles des autres intervenants ; le secret restant bien entendu opposable aux personnes qui ne sont pas investies de la prise en charge du détenu concerné.

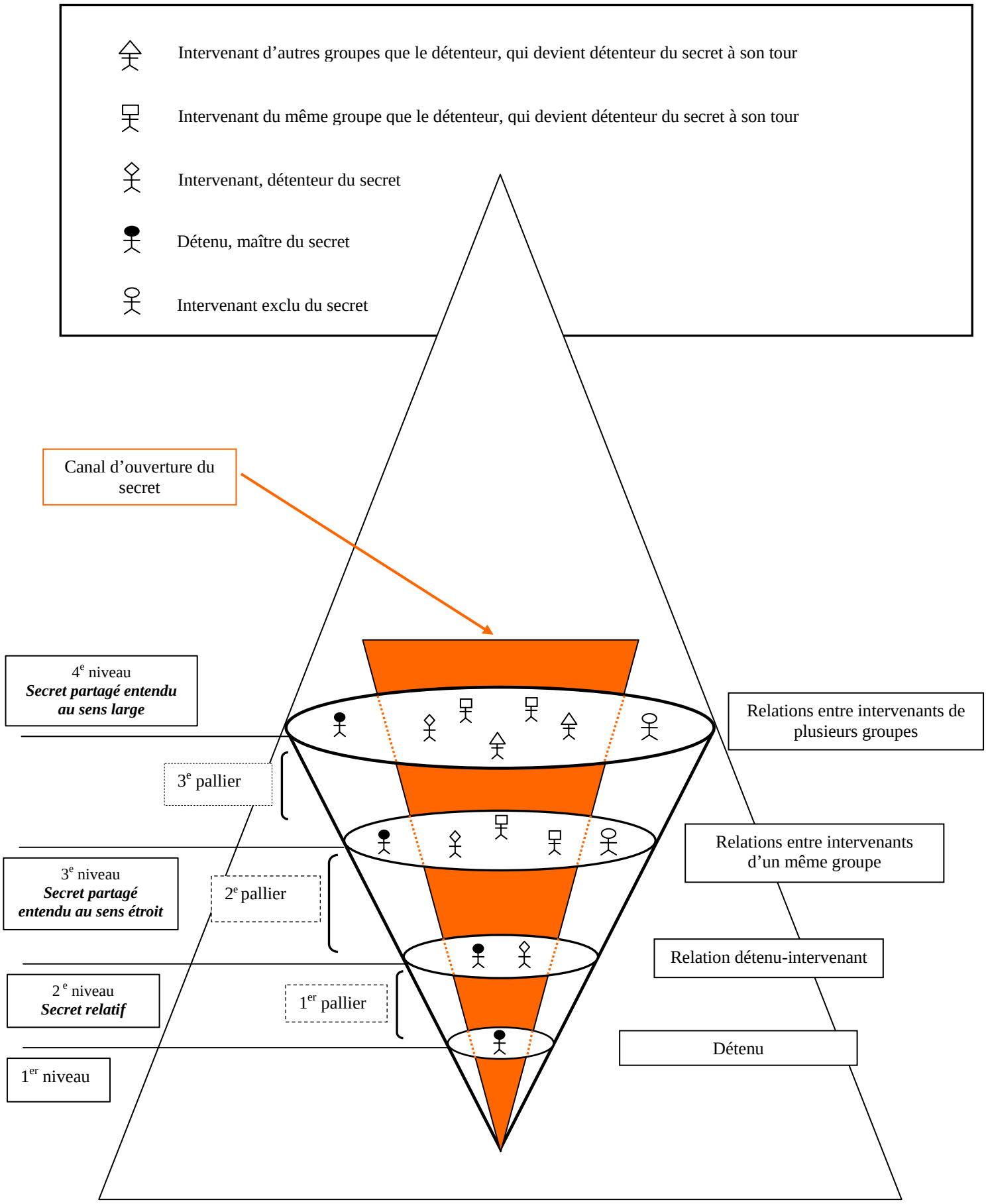
Dans ce cadre, on peut dire des secrets auxquels est astreint le soignant pénitentiaire en vertu de sa fonction et de sa profession qu'ils entrent ici en **collision**, plus dans l'intérêt des objectifs assignés à l'exécution de la peine privative de liberté que de ceux du détenu. A ces occasions, secret médical et de fonction « *se heurtent et s'opposent* ». Il ne peut toutefois être

[2154] Cf. *supra*, partie II, pt. 4.2.4.

pallié aux circonstances qui président à leur télescopage. En effet, s'ils demeurent autonomes, ils sont contraints de se rejoindre à l'occasion de cet inéluctable processus qui mène en bout de course à une prise de décision qui se doit d'être éclairée.

Si l'on reprend le schéma que nous avons emprunté à BALLONI pour représenter le possible "processus d'ouverture" du secret d'un intervenant pénitentiaire à plusieurs autres[2155], on peut dire du **secret relatif** qu'il se situe au deuxième niveau de la forme conique, c'est-à-dire au niveau de la relation bilatérale intervenant-détenu. Le troisième niveau restitue quant à lui la notion de **secret partagé entendu au sens étroit** et se rapporte au partage du secret entre les intervenants d'un même groupe. Le quatrième niveau, enfin, consacre le **secret entendu au sens large** puisque l'information scellée par le secret peut ici être partagée avec des intervenants de plusieurs groupes distincts.

[2155] Cf. *supra*, partie II, pt. 5.3.3.


Intervenant d'autres groupes que le détenteur, qui devient détenteur du secret à son tour
Intervenant du même groupe que le détenteur, qui devient détenteur du secret à son tour
Intervenant, détenteur du secret
Détenu, maître du secret
Intervenant exclu du secret
Canal d'ouverture du secret
4e niveau
Secret partagé entendu au sens large
3e niveau
Secret partagé entendu au sens étroit
2 e niveau
Secret relatif
1er niveau
3e pallier
2e pallier
1er pallier
Relations entre intervenants de plusieurs groupes
Relations entre intervenants d'un même groupe
Relation détenu-intervenant
Détenu

Cette typologie des secrets "incarcérés" ne saurait toutefois être exhaustive si l'on omettait d'y inclure la notion de secret expertal, lequel se situe hors du canal de communication ici représenté et se rapporte à une relation médecin/patient-détenu très spécifique.

2.5 Le secret expertal

Le secret expertal vise tous les cas dans lesquels le médecin pénitentiaire est mandaté par une autorité (pénitentiaire ou judiciaire) pour se prononcer sur l'opportunité d'une mesure - ou de sa prolongation - susceptible d'aller à l'encontre des intérêts du détenu. Il serait question de secret expertal notamment lorsque le médecin, en vertu de ses compétences techniques propres, doit statuer sur l'état de santé d'un détenu placé en cellule d'isolement disciplinaire, se déterminer sur l'aptitude du détenu à travailler, effectuer un prélèvement sanguin destiné à déceler la prise d'un psychotrope, attester d'un contrôle urinaire, procéder à une fouille corporelle intime, délivrer des dispenses (relatives à des mesures hygiéniques, telle que la douche, ou concernant des loisirs, telle que la pratique d'un sport), et informer l'autorité des conséquences potentielles sur la santé du détenu concerné d'un transfert "disciplinaire" ou motivé pour "raison de sûreté"[2156].

Dans toutes ces situations, les aptitudes professionnelles du médecin sont mobilisées pour des causes le plus souvent à visée disciplinaire et/ou répressive qui relèvent de l'expertise[2157]. Son statut est clairement assimilable à celui d'un médecin-conseil employé par une assurance, ou d'un expert judiciaire appelé à se prononcer sur les conditions de responsabilité d'un prévenu, dans le cadre limité des questions qui lui ont été soumises par l'autorité mandante. La relation qui le lie au détenu ne repose dès lors pas sur une confiance réciproque, mais sur un mandat de l'autorité portant sur des questions spécifiques qui le dispense pour y répondre de son obligation de confidentialité à l'égard du détenu. Le principe du secret s'efface *in casu* derrière celui de la transparence, sous réserve du principe de la proportionnalité, en ce sens que seules les informations requises par l'autorité mandante lui sont restituées. Le détenu devrait certes être informé du but de la démarche et des résultats communiqués à l'autorité mandante, mais il ne peut influer sur son déroulement. Son consentement dans ce cadre est ignoré ; tout au plus peut-il tenter de filtrer les données le concernant au travers des informations qu'il délivre lui-même.

A ces occasions, on peut considérer qu'il y a **collusion** des secrets auxquels est tenu le médecin. Ce dernier entre en effet ici plus en connivence avec l'autorité mandante qu'il n'établit une relation - même singulière - de confiance avec la personne incarcérée. Secret médical et secret de fonction s'allient donc dans ce cadre dans « *une entente secrète* » au profit de finalités tierces. Leur entente reflète en quelque sorte un arrangement au préjudice du détenu, résumé à l'expression de simple sujet d'étude.

Nous pensons que le médecin pénitentiaire ne devrait pas être amené à intervenir dans les circonstances impliquant un secret expertal. Il convient selon nous de distinguer clairement le statut de "**médecin pénitentiaire traitant**" de celui de "**médecin pénitentiaire expert**", en

[2156] C'est-à-dire, pour reprendre la terminologie de l'ASSM, un transfert « *sous contrainte* », décidé unilatéralement par l'autorité. Sur ces notions, cf. BERCHER (1988), pp. 52s. Certains écueils les concernant, soulevés par l'auteur il y a plus d'une décennie, demeurent à l'heure actuelle encore valables. Tel est le cas, typiquement, du caractère relativement flou des motifs et des critères sur lesquels reposent ces transferts.
[2157] Voir nos développements *supra*, partie II, pt. 4.2.1.

d’autres termes, de distinguer clairement la médecine pénitentiaire de soins de celle d’expertise. Seul un praticien neutre et indépendant, débarrassé de tous conflits de loyauté et de pressions de diverses natures (hiérarchiques, interpersonnelles et spatio-temporelles, notamment) devrait être investi de cette mission[2158]. Ce nouveau protagoniste devrait tout de même être formé aux caractéristiques de l’univers carcéral[2159]. Il devrait être parfaitement conscient des enjeux que représente son intervention, tant à l’égard du détenu concerné et des intervenants, que par rapport au fragile équilibre sur lequel repose l’institution. On pourrait imaginer qu’une formation particulière à la pratique médicale en ce milieu institutionnel distingue précisément le rôle du praticien traitant de celui de son confrère expert. De même, comme la mission expertale est étudiée dans les Facultés de médecine, son enseignement pourrait également différencier la situation du "médecin pénitentiaire traitant" de celle du "médecin pénitentiaire expert".

A titre de résumé, le tableau ci-après reproduit pour chaque type de secret dégagé notamment quel est le statut du professionnel de la santé et celui du patient-détenu. Il indique quelles sont les compétences du soignant directement sollicitées. Il précise en outre la nature du consentement du détenu et l’étendue de son droit à l’information. Il rend compte enfin du type de relation engagé et du but poursuivi par le partage du secret envisagé.

[2158] Dans le même sens, cf. BERBUTO/SIMON (2003), p. 275.
[2159] BARLET (1998), p. 282.

Secrets	*Statut de la confidentialité*	*Statut du professionnel*	*Compétences sollicitées du professionnel*	*Statut du patient-détenu*	*Consentement du patient-détenu*	*Information*	*Type de relation*	*But*
Secret relatif	**Secret sous réserve de transparence "tempérée" dans deux situations-types**	**Médecin indépendant**	**Strictement médicales**	**Traité**	**Dans la règle, parfait***	**Patient-détenu informé des deux situations emportant la levée automatique du secret**	**Relation dyadique ; médicale simple**	**Remise ou maintien en santé**
Secret partagé au sens étroit	**Secret sous réserve de transparence à l'égard des autres membres de l'équipe médicale**	**Médecin indépendant**	**Strictement médicales**	**Traité**	**Dans la règle, parfait**	**Patient-détenu informé de l'échange des informations le concernant entre les membres de l'équipe**	**Relation d'équipe simple**	**Continuité de la prise en charge médicale**
Secret partagé au sens large	**Transparence "tempérée" sous réserve du secret, limitée aux informations nécessaires et pertinentes à l'établissement d'un préavis**	**Médecin partenaire/associé**	**Médicales et techniques**	**Evalué**	**Dans la règle, imparfait****	**Patient-détenu informé de la procédure et des informations transmises le concernant**	**Relation interdisciplinaire**	**Etablissement d'un préavis nécessaire à une prise de décision ultérieure liée à l'aménagement de l'exécution de la peine**
Secret expertal	**Transparence à l'égard de l'autorité mandante limitée aux questions soumises**	**Médecin expert**	**Médicales et techniques**	**Expertisé**	**Dans la règle, ignoré**	**Détenu informé des informations délivrées à l'autorité mandante**	**Relation d'expertise**	**Aide à la prise ou à la confirmation d'une décision isolée, ne nécessitant pas l'établissement d'une relation médicale**

*A savoir, un consentement parfaitement libre et éclairé.

** Au regard du but ici poursuivi, force est de constater en effet que le consentement du patient-détenu ne peut jamais vraiment être comme tel recueilli, quand bien même il devra dans tous les cas être recherché.

Les quatre types de secret et les situations-dilemmes auxquels ils se réfèrent respectivement tentent de répondre à la complexité de la recherche en détention d'un équilibre entre le "dire" et le "taire" qui soit le plus respectueux possible du reliquat de vie privée accordé à la personne incarcérée. Cette typologie ne donne pas de réponse "prête à l'emporter" au praticien. Elle fixe en revanche la pluralité de ses interventions en milieu carcéral en fonction des circonstances particulières qui les mobilisent et qui se répercutent sur ses obligations de secret.

Il est concevable d'extraire de cette typologie des règles de conflit qui seraient susceptibles de se substituer à la lourde procédure prévue en droit positif pour la levée du secret médical. En l'absence du consentement de l'intéressé, cette procédure consiste on l'a vu à requérir l'autorisation de l'autorité compétente, après avoir déterminé si les faits dont il est question relèvent plus du secret de fonction ou du secret médical. Ce mécanisme de levée resterait néanmoins en vigueur pour toutes les circonstances trop étrangères à l'une ou l'autre des "situations-dilemmes" précitées. Il s'appliquerait par exemple lorsque l'intervenant constate sur le détenu des substances prohibées au sein de l'établissement ou lorsque des instances tierces, étrangères au processus d'exécution de la peine (par exemple un tribunal, qui le cite à témoigner) le sollicitent. L'intervenant serait ici tenu au silence, à moins qu'il n'obtienne l'autorisation de l'autorité compétente ou invoque à bon escient un fait justificatif légal ou extra-légal qui l'habilite à révéler l'information scellée par son obligation de secret.

C'est donc sur la base de cette typologie que se fondent nos règles de conflit. Elles suggèrent une proposition réglementée d'un mode de partage entre les intervenants convoqués à la prise en charge d'un détenu des informations confidentielles le concernant.

3 PROPOSITION D'UN MODELE DE PARTAGE ADEQUAT DES INFORMATIONS SCELLEES PAR UN SECRET "INCARCERE"

3.1 Introduction

Eu égard aux impératifs de l'institution pénitentiaire, aux objectifs qu'elle poursuit, aux intérêts divergents des protagonistes qui l'occupent et à la violence propre au milieu qui « *contamine* » inévitablement leurs relations respectives[2160], la coexistence du secret médical et du secret de fonction ne peut pas être observée en prison dans la même mesure qu'en société libre.

Dans ces conditions, certains professionnels sont encore en quête du juste équilibre entre leur devoir de taire les informations scellées par le secret et celui de les restituer aux autres intervenants afin qu'ils puissent mener à bien leurs tâches. Tracer la limite entre cette double injonction ne devrait pourtant pas leur incomber.

Le modèle que nous préconisons revêt par conséquent la forme de propositions normatives favorisant l'ouverture du secret à de strictes conditions. Ces règles de conflit concrétisent le travail interdisciplinaire et le secret partagé entendu au sens large des intervenants pénitentiaires[2161]. Reconnaissant la position équivoque du médecin pénitentiaire à certaines occasions, elles instituent en outre l'intervention d'un soignant neutre et indépendant pour toutes les situations faisant appel à une démarche expertale et susceptibles d'aller à l'encontre des intérêts du détenu[2162].

3.2 Premières esquisses du modèle : désillusions et réalités

Afin de dégager une règle de partage des informations confidentielles entre les intervenants pénitentiaires, nous avions pensé dans un premier temps systématiser les différents types d'informations généralement en leur possession en fonction de leur degré de confidentialité présumé, à l'image de l'article 9 du Règlement fribourgeois sur la protection des données[2163].

[2160] LECHIEN (2001), p. 25.
[2161] Cf. *supra*, partie III, pt. 2.4.
[2162] Cf. *supra*, partie III, pt. 2.5.
[2163] Aux termes de l'art. 9 du Règlement fribourgeois sur la sécurité des données personnelles du 29 juin 1999 (RSF 17.15) « *[1]L'organe public attribue à chaque fichier un degré de confidentialité, selon l'échelle suivante :*
a) 1er degré : accessible au public ;
b) 2e degré : à usage interne ;
c) 3e degré : confidentiel ou secret.
(…) [3]Au besoin, l'attribution d'un degré de confidentialité peut également porter sur des données ou des catégories de données spécifiques ».

Cette disposition nous avait en son temps interpellée et nous estimions pouvoir nous en inspirer. Elle délègue en effet à tout organe public qui traite des informations personnelles - quelle que soit la personne qu'elles concernent - la responsabilité d'attribuer à chaque fichier, à chaque catégorie de données, voire à chaque donnée unique un degré de confidentialité correspondant à une échelle préétablie. *In concreto*, les données relevant du premier degré sont accessibles au public. Les données appartenant au deuxième degré sont à usage interne uniquement, tandis que le troisième degré est réservé aux données qualifiées laconiquement de « *confidentielles ou secrètes* ». Pour décider de leur destination, l'organe public doit se baser « *sur la nature des données personnelles traitées, sur le but, l'étendue et les formes du traitement, ainsi que sur les préjudices qu'un usage abusif des données peut causer aux personnes concernées* »[2164]. Nous pensions qu'il aurait été possible de concevoir de la sorte une échelle de gradation des informations, de neutres à privilégiées, en parallèle à laquelle nous aurions établi qui exactement des intervenants auraient pu accéder à ces renseignements. Nous serions ainsi parvenue à une, voire certainement plusieurs normes de secret très circonstanciées. Ces dispositions auraient certes eu le mérite de délimiter précisément la portée matérielle, personnelle et temporelle de chaque information. Elles auraient cependant occulté la marge de manœuvre qui doit nécessairement être laissée aux intervenants. Seuls gardiens de leur mise en œuvre, il aurait alors été à craindre qu'ils ne se plient pas à des prescriptions aussi directives. En outre, comme nous l'avons vu, ce n'est à notre sens pas tant la nature de l'information qui présuppose qu'elle est confidentielle que les circonstances dans lesquelles elle a été donnée et celles dans lesquelles elle peut être exploitée. Nous avons par conséquent abandonné cette idée, de peur qu'elle conduise à des procédures trop rigides et qu'elle enraie le système informel de partage de certaines informations confidentielles. Il fallu en d'autres termes nous résoudre à accepter qu'un tel degré maximal de prévisibilité conduise à des aberrations.

Par ailleurs, cette réflexion nous a permis de recentrer la problématique qui nous intéresse au cœur des objectifs assignés par l'exécution de la peine privative de liberté à l'ensemble des praticiens. Il ne s'agit donc pas ici de plaider la transparence entre les entités publiques et leurs collaborateurs pour mieux les contrôler, mais bien de convenir d'un outil qui puisse résoudre leurs querelles interpersonnelles autour du secret. Il ne s'agit pas non plus de stigmatiser un individu en raison de l'affection physique qui le touche, voire des troubles psychiques qui le handicapent, mais bien de reconnaître ses compétences et sa place dans la dialectique qui se noue à son propos entre les différents intervenants. En définitive, il s'agit de réunir l'ensemble des forces en présence pour tenter de donner du sens aux missions respectives des intervenants et ancrer le détenu au cœur de cette dynamique.

Une autre possibilité que nous croyions alors susceptible de nous mener à un modèle de partage raisonné des informations confidentielles relatives aux personnes incarcérées consistait à déterminer une série de critères d'appréciation dictant l'ouverture ou non du secret. Cette option nous conduisit à raisonner en termes d'intérêts protégés. Nous aurions alors rappelé que le secret de fonction et le secret médical promeuvent des intérêts tant privés que publics. Dans la recherche du bien juridique prépondérant, deux solutions se seraient dégagées, soit privilégier l'intérêt privé et admettre la protection de la vie privée du détenu et sa confiance en la relation avec l'intervenant comme étant prépondérantes, soit favoriser l'intérêt public et reconnaître la prépondérance des biens juridiques protégés qu'il contient, tels que l'ordre et la sécurité publics, le fonctionnement adéquat des autorités et la

[2164] Art. 9 al. 2 dudit Règlement.

préservation de la santé publique. Cette pesée s'est toutefois bien vite révélée très épineuse, car les biens en présence sont de valeur *a priori* équivalente. La réflexion subséquente s'est dès lors révélée peu féconde. Il est illogique en effet de considérer la problématique qui nous intéresse uniquement sous l'angle de la protection d'un intérêt aux dépens d'un autre. Quand bien même les intérêts en présence sont difficilement conciliables, ils ne sont pas totalement incompatibles. Le secret comme la transparence tempérée poursuivent d'une part la protection des intérêts de l'Etat à l'exécution de la sanction conformément aux buts dictés par la loi, et d'autre part celui du détenu à la protection de son intimité, dans la mesure où la privation de liberté le permet. Par ailleurs, la pesée des intérêts en présence aurait eu pour conséquence de toujours privilégier la détermination subjective - car laissée *in fine* aux intervenants - de l'importance accordée aux biens juridiquement protégés en conflit ainsi que la résolution *in casu* de toutes situations pour lesquelles un doute quant au maintien ou à la levée du secret se serait présenté. Il en aurait résulté des réponses variables et parfois diamétralement opposées. Cette solution aurait donc suscité plus de questions qu'elle n'aurait donné de réponses. Il se peut en outre qu'elle eût favorisé des résolutions hâtives, perçues comme arbitraires tant par les détenus que par les intervenants.

Plus concrètement enfin, il s'agit de toujours garder en mémoire que de nombreuses dérogations au secret sont en pratique régulièrement dictées par le "bon sens", le pragmatisme, voire l'opportunisme. Ainsi, une information scellée aujourd'hui par le secret peut ne plus l'être demain en raison d'un événement particulier.

Plusieurs facteurs influent par ailleurs sur ce qui se sait et ce qui se tait en détention, réduisant d'autant les espaces de confidentialité. Tel est le cas par exemple de l'architecture de l'établissement, de la proximité qu'entretiennent détenus et détenants, de la perpétuelle circulation de rumeurs[2165] et de l'équilibre de ce huis-clos partiellement maintenu par les compromissions et la délation[2166]. Et le secret de revêtir alors deux visages : il est certes un élément essentiel à la protection de la sphère privée du détenu mais il peut aussi se révéler « *consubstantiel à la pratique de l'espionnage - en prison à la surveillance -* » et dès lors « *appel[er] d'autres moyens, que la morale ordinaire réprouve ou que le droit sanctionne, (…) comme le recours à la ruse, à la manipulation, au calcul et à la tromperie* »[2167].

En outre, il nous a maintes fois été répété en cours d'entretien que « *les murs ont des oreilles* », que « *tout se sait en prison* » ou, inversement, que « *rien ne transparaît* ». Ces formules ne sont pas de simples boutades. Elles sont au contraire révélatrices « *de l'ambiguïté du statut de l'information et du secret en prison* »[2168]. En effet, il n'est pas rare que les détenus perçoivent les discussions tenues par des surveillants dans les couloirs de l'établissement, de même qu'un surveillant constate la toxicomanie d'un détenu auquel il permet d'accéder à l'espace de remise de méthadone, quand il ne la lui remet pas lui-même[2169]. Dans un même ordre d'idées, il est fréquent par exemple que l'assistant social comprenne en cours d'entretien avec un détenu quels sont ses problèmes physiques et/ou

[2165] Tel que le souligne justement KAPFERER (2000), p. 167 : « *toutes les situations où le secret domine (…) crée[nt] une demande d'information sans réponse : d'où l'appel aux rumeurs* ».
[2166] GRAVIER (1999*a*), p. 104. Plusieurs des personnes interrogées le confirment : il n'est pas rare en prison de recourir à des « *indics* », c'est-à-dire des informateurs, que les détenus qualifient généralement de « *balances* ».
[2167] CHAUVENET (1998), p. 96 et (2000), pp. 135s.
[2168] LHUILIER/AYMARD (1997), p. 130.
[2169] Pour d'autres exemples de situations dans lesquelles le personnel de surveillance acquiert la connaissance d'un fait scellé par le secret, en particulier par des moyens « *indirects et déductifs* », cf. LHUILIER/AYMARD (1997), pp. 129s.

psychiques le limitant dans une recherche d'emploi. A cette occasion, la connaissance du fait dépasse le seul territoire du service médical.

Enfin, la volonté du maître du secret, c'est-à-dire du détenu, à maintenir le fait confidentiel afin de protéger ses intérêts fait aussi fréquemment défaut. Tout au long de son parcours carcéral, le détenu sait pertinemment qu'il a plutôt intérêt à se montrer coopératif et ouvert car son comportement en détention fait l'objet d'une observation permanente. Il n'est pas rare en outre qu'il éprouve le besoin de se faire entendre, dans l'idéal de se faire écouter. Il parle alors de ce qu'il connaît le mieux et dévoile de son propre mouvement son intimité aux personnes qui l'entourent. Il est en particulier relativement fréquent que le détenu se confie à un surveillant ou un assistant social dotés d'empathie[2170]. Il consent de la sorte implicitement à la révélation des informations confidentielles le concernant, même si ce consentement n'est au regard des circonstances que partiellement libre.

Une conception "relativement absolue" du secret telle qu'elle est prévue en droit positif se heurte dès lors inévitablement aux exigences de la prise en charge psycho-médico-sociale des personnes incarcérées. S'il existe des motifs justificatifs généraux et extralégaux susceptibles de légitimer la violation des secrets érigés aux articles 320 et 321 CP, ils ne sont, on l'a vu, applicables qu'à titre subsidiaire et dans des cas exceptionnels. Or, il existe maintes situations de partage du secret auxquelles sont confrontés les intervenants qui ne répondent pas à ces critères restreints. En effet, ces situations sont pour la plupart non seulement connues de tous - détenus, intervenants et autorités -, mais également fréquentes. Par ailleurs, à l'échelon cantonal, les dispositions pertinentes sur le secret comprises dans la législation sur l'exécution des sanctions, le statut de la fonction publique, la protection des données et la législation sanitaire ne permettent pas de délimiter précisément les contours de l'obligation de silence de chaque intervenant. La pléthore de dispositions a pour effet pervers de plonger quiconque s'y attarde, le juriste inclus, dans une profonde perplexité. Elle a pour conséquence également de confronter les praticiens à de sérieux cas de conscience. Il n'est alors pas exagéré d'admettre que la multiplicité des normes qui régissent le secret « *analogues mais pas identiques, (…) entraîne chevauchements, lacunes et paradoxes* »[2171]. Cette « *polyphonie de règles* » dessert plus la protection du secret qu'elle ne la renforce[2172].

Pour toutes ces raisons, nous pensons qu'il est sinon nécessaire, à tout le moins opportun, en particulier à l'aube de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, de proposer un nouveau cadre régissant l'obligation de secret des intervenants pénitentiaires, qui tienne précisément compte du milieu dans lequel ils exercent et des tâches qui leur sont dévolues. Une loi au sens formel et de niveau fédéral devrait à notre sens l'instituer. Aussi plaidons-nous en faveur d'une réglementation fédérale régissant la privation pénale de liberté, laquelle pourrait accueillir une norme érigeant *sui generis* l'obligation de secret des intervenants pénitentiaires. Celle-ci l'emporterait dans les cas visés sur les articles 320 et 321 CP, en application du principe *lex specialis derogat generali*.

[2170] Dans le même sens, VACHERET (2002), p. 94 : « *Lorsque [les détenus] rencontrent des difficultés, divorce, deuil, solitude, maladie, mésentente avec un autre membre du personnel, [les surveillants] peuvent leur apporter un soutien moral. Celui-ci se manifeste à travers une discussion intime dans la cellule du détenu, une conversation dans le bureau des gardiens (…)* ».
[2171] GUILLOD O. (1996), p. 51.
[2172] MARTINENT (2002*a*), p. 439.

A l'appui de cette règle générale sur le secret en détention, un certain nombre de données préliminaires doivent néanmoins être considérées comme acquises, ainsi que nous allons le voir.

3.3 Fondements du modèle

3.3.1 Reconnaissance du travail pluri- et interdisciplinaire

Les intervenants impliqués dans la prise en charge psycho-médico-sociale des détenus exercent certes des professions différentes mais tous s'appuient ponctuellement sur les activités menées par les autres parallèlement aux leurs. Bien qu'ils constituent un ensemble très hétérogène, ils demeurent des partenaires institutionnels. Ils sont dès lors censés coordonner leurs activités respectives et travailler dans la continuité de la prise en charge des détenus. Pour ce faire, ils doivent dans certaines circonstances pouvoir se fonder sur un dispositif leur permettant d'échanger des informations en leur possession, quand bien même elles sont scellées par leurs obligations de confidentialité. En effet, si la prise en charge d'une personne incarcérée est l'affaire d'une pluralité d'intervenants, il est inévitable que ces derniers aient à partager certaines des informations la concernant sans craindre qu'il puisse leur être reproché de violer le secret auquel ils sont astreints. S'agissant du secret médical en particulier, il serait inexact de traduire l'extension de sa portée personnelle que cette démarche implique comme un vulgaire stratagème destiné à contourner l'un des fondements essentiels de la relation de soins. Au contraire, redéfinir le champ de l'obligation de secret signifie aussi pour les autres intervenants de s'y conformer scrupuleusement et permet de conforter la protection des intérêts en jeu. Une collaboration fondée sur une règle stricte de secret partagé aurait en effet pour corollaire de soumettre les soignants à une obligation de confidentialité beaucoup plus précise et de contribuer à la création d'un véritable travail interdisciplinaire qui reconnaît et renforce dans un même temps le rôle et la place assignés à chacun[2173].

A ce propos, les travaux de DU MESNIL DU BUISSON[2174] sur l'articulation des rapports - notamment sous l'angle de la confidentialité - entre le secteur judiciaire postsentenciel et le secteur médical sont particulièrement intéressants, même s'ils portent sur le cas français des soins pénalement ordonnés régis depuis lors de façon partiellement différente. Constatant « *l'isolement des acteurs* » et « *l'inaptitude des praticiens à travailler en réseau* », déplorant le « *morcellement des compétences limitées* » et « *l'embarras des ignorances* »[2175], ce juge d'application des peines défend l'idée d'une « *véritable intelligence de la peine* »[2176] qu'il décline en « *trois temps* » symboliques[2177]. Le « *temps de l'explication* » tout d'abord, qui consacre l'information qui devrait être donnée par l'autorité de jugement au condamné sur les tenants et aboutissants de la peine infligée et faire ultérieurement du JAP un « *juge de l'explication de la peine* » qui soit aussi un pont entre la reddition du jugement et son

[2173] A ce propos, voir le concept de « *psychiatrie de liaison* » en milieu carcéral développé par SENON (1998*b*) et repris par MANZANERA/SENON (2004), qui rend précisément compte d'une pratique psychiatrique attentive au milieu dans lequel elle s'exerce, aux personnes auxquelles elle s'adresse et aux autres interventions professionnelles qui la côtoient, favorisant de la sorte l'émergence d'une philosophie interdisciplinaire.
[2174] DU MESNIL DU BUISSON (1995 ; 1996).
[2175] Dans le même sens, voir LAMEYRE (2002), p. 72.
[2176] La formule revient à GARAPON/SALAS (2001).
[2177] DU MESNIL DU BUISSON (1996), pp. 640s.

exécution administrative. Le « *temps de la sanction* » ensuite est celui de la détention, laquelle ne doit toutefois pas éluder des espaces de « *liberté* » octroyés au condamné. Le « *temps de l'action interpartenariale* » enfin, qui consacre à l'occasion de certaines étapes de l'exécution de la peine, par exemple la libération conditionnelle, la collaboration des différents intervenants impliqués dans la prise en charge du détenu ainsi que le partage, entre eux, de certaines informations le concernant[2178].

Il nous sera certainement reproché une vision sinon utopiste, à tout le moins idéaliste de la situation. Certains estimeront qu'il n'est pas envisageable de déconstruire ainsi la problématique de la coexistence des secrets en milieu carcéral, en particulier parce que la vocation de chaque acteur n'est pas strictement médicale. Nous sommes consciente qu'un tel métissage soulève des interrogations. Préconiser l'ouverture raisonnée du secret par la mise en œuvre d'une nouvelle dialectique des interventions, c'est assurément ébranler les convictions quant aux rôles confiés aux différents protagonistes institutionnels. C'est également remettre en question la place qui leur est dévolue. C'est enfin, bien qu'en filigrane, repenser les fondements de leur action respective. Il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre d'institutions seront définitivement concrétisées avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, lesquelles contraindront indéniablement les praticiens à entamer une réflexion sur l'échange en milieu carcéral des informations scellées par un secret et les contours du dialogue interprofessionnel. Tel est le cas notamment de l'établissement pour chaque détenu d'un plan d'exécution de peine évolutif[2179]. Il n'est pas nécessaire de s'arrêter longuement sur sa destination pour saisir les enjeux qu'il représente en termes de partage des informations concernant la personne incarcérée.

Aux termes de l'article 75 al. 3 nCP, le plan individuel d'exécution de peine (PEP) devra être établi de concert avec chaque détenu et réunir les éléments principaux de sa prise en charge. Instrument personnalisé d'aménagement de l'exécution de la peine, il fixera non seulement ses jalons temporels mais également son contenu. Il portera notamment sur le travail, la formation, un éventuel suivi psychologique et/ou psychiatrique, les possibilités de contacts

[2178] Ainsi en France dans le cadre de la *Commission de l'application des peines* (CAP), instituée dans chaque établissement. Tel que l'indiquent MOUTIN (2001), pp. 398s et HERZOG-EVANS (2002*a*), pp. 69-77, cette commission regroupe dans l'interdisciplinarité notamment plusieurs intervenants impliqués à des titres divers dans la prise en charge des détenus (membres de la direction, membres du personnel de surveillance et du personnel socio-éducatif, médecin et psychiatre, JAP, voire éventuellement un ministre de culte). Elle est à la fois un organe de consultation et un lieu d'échange des informations. Elle a notamment pour mission de rendre des avis préalables à son Président, le JAP, amené à se prononcer sur certaines modalités d'exécution de peine et à recueillir un certain nombre de décisions du directeur de l'établissement (par exemple, relatives au placement en cellule d'isolement disciplinaire). Elle permet en outre à ses membres « *d'échanger leurs idées sur l'ensemble des problèmes soulevés par la mise en œuvre* » de l'exécution de la sanction. Les avis des professionnels ne font pas l'unanimité sur la question du partage du secret en son sein. Pour le magistrat DU MESNIL DU BUISSON (1995), p. 846, il n'est pas ici de secret absolu qui puisse « *refuse[r] d'être confronté à la réalité des savoirs complémentaires* ». Pour le Dr. MOUTIN (2001), elle est une heureuse initiative, conciliable avec son obligation de confidentialité, sous réserve de certaines précautions. ELCHARDUS (1994), p. 414 souligne toutefois que « *la grande majorité des soignants estiment devoir refuser de participer à cette commission* », principalement pour des raisons de déontologie professionnelle (partage du secret, mise en péril de la continuité des soins, etc.). Tel est le cas notamment de DAVID (1993), p. 108, selon lequel « *le psychiatre perd sa neutralité vis-à-vis de ses patients (même s'il ne livre rien à la CAP)* ». Quant à HERZOG-EVANS, si elle convient de certains « *grands avantages* » que présente cette commission, elle souligne dans un même temps plusieurs (pp. 74s) « *graves violations de la règles du procès équitable* », en particulier quant à sa composition et à sa procédure. Par exemple, l'audition du condamné est rare, alors même que « *l'absence du principal intéressé bride sérieusement le contenu des informations (…)* ».

[2179] Sur cet instrument, lire DE SINNER/QUELOZ/RIKLIN/SENN/BROSSARD (2005).

avec l'extérieur, l'occupation du temps de loisirs en détention et la réparation d'un éventuel dommage. Il couvrira en définitive tous les aspects destinés à préparer le retour du détenu à la vie libre. Etroitement lié aux concepts de « *participation active* » et de « *responsabilisation* » du condamné, le PEP appellera le détenu à devenir « *acteur de sa peine (…), à se fixer des repères, à se situer dans la durée* »[2180].

L'établissement d'un PEP et son suivi *via* notamment des évaluations périodiques suggèrent que convergent à ces occasions les compétences professionnelles de chaque intervenant appelé à s'investir dans la prise en charge psycho-médico-sociale du détenu concerné[2181]. Pour éviter dans ce cadre toute opération contradictoire, les expériences étrangères[2182] relatives au PEP nous enseignent que chaque intervenant est appelé à concourir à son établissement dans un esprit de collaboration et de coordination. En tant qu'il est supposé reproduire la somme des regards portés sur le condamné, il implique forcément un travail interdisciplinaire, dans le respect des rôles de chacun et « *dans l'intérêt d'une meilleure prise en charge des détenus* »[2183]. Un tel instrument renvoie donc à l'idée d'une prise en charge non seulement globale du détenu, mais aussi longitudinale ou continue puisque le plan peut être revu et corrigé au fil de l'exécution de la sanction.

Le Code pénal révisé laisse au législateur cantonal le soin de prévoir dans les règlements des établissements cantonaux l'introduction de cet outil d'individualisation de l'exécution de la peine, et aux professionnels concernés de le mettre en œuvre. Sans une étroite collaboration de l'ensemble des intervenants, dans le respect mutuel de leurs différentes logiques professionnelles, il existe de forts risques que le PEP reste lettre morte.

Une collaboration interdisciplinaire suppose que soit instauré un climat de (relative) confiance et de tolérance entre les intervenants eux-mêmes et entre ces derniers et la personne incarcérée. Dans cette optique, il serait essentiel que les circonstances dans lesquelles s'imposent une telle collaboration d'une part, et l'échange de certaines informations qu'elle implique nécessairement de l'autre, soient précisément délimités et connus de tous. Un travail de définition des rôles de chacun serait également incontournable. Les rôles des professionnels devraient en effet être en partie redéfinis à la lumière de cette nouvelle donne relationnelle, moins hermétique et « *loin des ghettos professionnels* »[2184]. Ils devraient en particulier être clarifiés, non seulement pour une meilleure compréhension des tâches de chacun, mais aussi pour que chacun garde ses spécificités ; l'objectif étant de fédérer et de formaliser leurs interventions respectives et non de les confondre.

[2180] LEBLAY (2001), p. 265.

[2181] NUOFFER (2003), p. 141 parle d'« *évaluations pluridisciplinaires* ». En ce sens également, cf. HANSJAKOB /SCHMITT/SOLLBERGER (2004), ad art 75 nCP, p. 79.

[2182] Voir en particulier MBANZOULOU (2000), pp. 286ss. Notons qu'en France le PEP a été introduit dans les années 1990, déjà. Ainsi que nous le rappelle HERZOG-EVANS (2002*a*), p. 82, « *il devait présenter le triple avantage de faire circuler l'information, d'impliquer les surveillants de manière décisive dans la réinsertion, et de contractualiser les efforts des condamnés vers cet objectif. De 1995 à 1997, le PEP a été expérimenté dans dix établissements. En 1997, il devait faire l'objet d'une évaluation. Ses résultats devaient s'avérer très favorables : augmentation sensible du nombre de condamnés indemnisant la partie civile, meilleure préparation de la sortie et information plus pertinence* (sic) *fournie au JAP* » Deux bémols néanmoins : « *le manque de moyens, notamment humains, ainsi que la résistance des condamnés* ».

[2183] MBANZOULOU (2000), p. 286.

[2184] DE CONINCK (2003*a*), p. 1147.

Dans la construction de cette interdisciplinarité, la formation du personnel[2185] devrait indéniablement occuper une place prépondérante[2186]. Il conviendrait dès lors que ces aspects fassent l'objet d'une attention toute particulière dans le cadre de la formation de base et des cours de perfectionnement des surveillants[2187]. Il serait judicieux dans un même temps de réfléchir à l'instauration d'une formation à l'attention des autres intervenants, en particulier des socio-éducateurs et des soignants, qui soit précisément destinée à les sensibiliser à ce type de rapprochement en les murs[2188]. Il n'existe pas en Suisse à ce jour de formations spécifiquement consacrées à l'exercice de leur profession en milieu carcéral, sinon quelques rares modules de formation continue[2189]. En plus de leur donner des orientations essentielles à l'exercice de leurs pratiques respectives, ces formations constitueraient une plate-forme d'échanges et de synchronisation ponctuels, nécessaires à tout corps de métier[2190]. Il en émergerait indéniablement des pratiques plus harmonisées et fondées sur des exigences communes ; en d'autres termes, un véritable professionnalisme autour d'un « *savoir partagé* »[2191].

3.3.2 Recours systématique à un expert neutre et indépendant dans certaines situations prédéfinies

Nous avons vu quels sont les problèmes principaux que pose l'(in)observation du secret médical en milieu carcéral et les difficultés du soignant à exercer sa profession, notamment en regard des missions d'expertise qui lui sont assignées. Tant la jurisprudence que la doctrine majoritaire estiment à raison qu'un médecin traitant ne devrait pas pour un même sujet concourir à des tâches qui relèvent du domaine de l'expertise[2192]. Le rôle du médecin expert diffère en effet de celui du médecin traitant, en particulier sur trois points[2193] :

1) Le médecin expert intervient sur mandat d'une autorité publique afin de lui apporter son éclairage dans le cadre d'une situation spécifique et d'orienter de ce fait la prise d'une décision la concernant. Sa mission est donc définie par l'autorité mandante et précisément circonscrite.

[2185] Art. 377 al. 5 nCP.
[2186] Dans le même sens, cf. MEIER H.-U. (2002), p. 171.
[2187] Dans le même sens, cf. par. 33 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.
[2188] A ce propos, il convient de relever l'heureuse initiative de la Société Suisse de Psychiatrie et de Psychothérapie de confier à un groupe de travail l'élaboration d'un projet de formation approfondie en psychiatrie et psychothérapie légale qui devrait comprendre un volet consacré aux soins en milieu carcéral. Pour plus de précisions sur ce projet, cf. Courrier médical valaisan, n°33, 2005, pp. 24s.
[2189] A ce sujet, voir par exemple, pour les soignants à nouveau, les par. 34 et 35 de l'Annexe à la Recommandation n° R(98)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.
[2190] La Conférence des médecins pénitentiaires suisses, dont les statuts sont disponibles sur la page web du Service de médecine et psychiatrie pénitentiaires du canton de Vaud, sous : http://www.chuv.ch/psy/smpp.htm, constitue une autre initiative allant dans ce sens. Puissent ses travaux être à l'avenir plus largement diffusés.
[2191] GRAVIER/SPRUMONT (2003), pp. 223s et renvois cités à la Déclaration de consensus sur les principes, la politique et les pratiques des représentants des Etats membres du Projet sur la santé dans les prisons de l'OMS et du Groupe Pompidou du Conseil de l'Europe in CONSEIL DE L'EUROPE (2002), pp. 129ss.
[2192] Voir notamment les ATF 124 I 170, 175 ; 125 IV 113, 117 et l'arrêt 6A.75/2003 du 5 décembre 2003, non publié.
[2193] BERTRAND/LA HARPE (2003), pp. 375s.

2) Le médecin expert ne noue pas de relation médicale avec l'expertisé, qu'il informe clairement de son activité[2194]. Il se borne à répondre aux questions que lui soumet *in casu* l'autorité mandante. Le médecin expert n'a donc qu'une « *vision synchronique de la maladie et du patient* », alors que le médecin traitant possède une « *vision diachronique, sur un temps beaucoup plus long* »[2195].

3) Dans les limites de son mandat, le médecin expert n'est pas tenu au secret professionnel à l'égard de l'autorité qui le mandate. S'il n'a pas à aller au-delà de ce que prévoit son mandat, il doit restituer ses conclusions avec honnêteté et véracité, conformément à son obligation de fidélité[2196].

Nous plaidons en faveur de l'institutionnalisation d'un **médecin pénitentiaire expert** pour toutes les demandes d'ordre expertal qui sont requises dans le cadre de l'exécution de la peine par une autorité administrative ou judiciaire. Ses qualités seraient l'impartialité, l'objectivité et l'indépendance, tant à l'égard du sujet expertisé que de l'autorité mandante. Son activité expertale serait accessoire et mobilisée uniquement dans certaines situations spécifiques que nous identifions en l'état au nombre de sept. Il conviendrait en effet à notre sens de requérir un médecin pénitentiaire expert dès lors qu'il doit être attesté de la capacité du détenu à travailler ou de son aptitude à subir un placement en cellule disciplinaire ; quand est requise toute autre (contre-) indication médicale susceptible de léser la relation médecin pénitentiaire traitant/patient-détenu, à l'exception de celle relative à l'interruption de l'exécution de la peine ; lorsqu'il doit être procédé à des fouilles corporelles intimes, des prises de sang à titre de vérification et/ou des contrôles urinaires ; lorsqu'il est nécessaire de rendre compte d'un constat de lésions traumatiques ou, enfin, lorsque l'autorité doit être renseignée des potentielles conséquences préjudiciables pour l'état de santé d'un détenu en lien avec une décision susceptible d'aboutir à une mesure de nature coercitive (par exemple, dans le cadre d'un transfert "disciplinaire").

Dans un même ordre d'idées et même si là n'est pas notre propos, nous pourrions aussi nous interroger sur la question de savoir si le statut et l'activité du médecin psychiatre d'un détenu qui suit une thérapie ordonnée ne devrait pas non plus faire l'objet d'une réglementation spécifique. Sa situation et « *l'alliance thérapeutique* » qui le lie à son patient sont si particulières, qu'elles mériteraient peut-être en effet de faire l'objet d'une codification *sui generis*[2197].

Toujours est-il que cette proposition s'inscrit parfaitement dans la nécessaire reconnaissance de l'indépendance du soignant. Pour BERNHEIM, il faut comprendre cette indépendance « *comme la liberté de ses décisions thérapeutiques* » et sa faculté de « *prendre ses distances à l'égard de tous objectifs ou sollicitations qui ne correspondent pas à l'intérêt supérieur de*

[2194] Art. 6 du Code de déontologie de la FMH, révisé au 30 avril 2003.
[2195] COLOMB (2004), p. 59.
[2196] FREY (1987), p. 30.
[2197] Sur la problématique des « *soins pénalement ordonnés* » ou « *soins pénalement obligés* » et ses différentes manifestations, notamment en France et sous l'angle de la (non) observation du secret médical et de la diffculté d'articuler les différentes interventions qui en découlent, on lira avec intérêt les Actes du XXXIII[e] Congrès français de criminologie, parus en 2002 aux éditions Dalloz sous l'intitulé « *Les soins obligés ou l'utopie de la triple entente* » ; et en particulier les textes de SCHWEITZER (2002); LAMEYRE (2002) et ARCHER (2002). Pour la Suisse, cf. notamment BERNER (2002) et, s'agissant plus particulièrement des problèmes de collaboration - y compris sous l'angle de l'échange des informations - entre les différents acteurs associés à l'exécution d'une mesure pénale ambulatoire, SCHNEEBERGER GEORGESCU (2002).

son malade (…) »[2198]. Nous croyons que l'institutionnalisation d'un médecin externe, appelé à intervenir sur requête de l'autorité dans certaines situations isolées, est précisément de nature à prévenir les conflits de devoirs à la fois de médecin traitant et de médecin expert, ainsi que les risques de bris de confiance inhérents à la démarche expertale.

3.4 Elaboration du modèle

3.4.1 Propositions de règles de conflit

Notre modèle de partage des informations se veut synonyme d'une relativisation assumée des secrets "incarcérés". Le protocole d'échange ici préconisé adopte la forme de propositions normatives susceptibles de résoudre en partie les conflits résultant de la coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté.

A l'instar de la solution retenue en République fédérale d'Allemagne, nous pensons qu'il appartient au droit de se saisir de cette problématique. La question est en effet réglée en Allemagne au paragraphe 182 al. 2, 2e phrase de la Strafvollzugesetz, lequel toutefois est très loin de nous satisfaire. Cette disposition contraint en effet les professionnels de la santé, les psychologues et les travailleurs sociaux, tous astreints au secret professionnel en vertu du paragraphe 203 du Code pénal allemand, à révéler à la direction de l'établissement les informations indispensables à l'accomplissement de ses tâches[2199], sans toutefois préciser quelles sont les activités auxquelles elle fait référence. Il est vrai que la participation des professionnels aux tâches ici visées - et donc la restitution dans ce cadre de certaines informations scellées par leur secret - fait l'objet de précisions dans les travaux préparatoires[2200]. Pour autant, ainsi formulée, cette disposition laisse la porte grande ouverte aux interprétations les plus divergentes et n'est dès lors pas adéquate[2201]. Il aurait été plus judicieux en particulier de circonscrire clairement les occasions dans lesquelles la participation de ces professionnels et l'obligation dans ce cadre de partager des informations confidentielles en leur possession sont requises.

Il n'empêche qu'une résolution juridique des conflits résultant de l'(in)observation du secret en milieu carcéral pourrait selon nous apporter des éléments de réponse aux incertitudes des professionnels de l'exécution des sanctions. Mentionnant clairement les circonstances dans lesquelles un partage des informations pertinentes est nécessaire, elle devrait tendre à un équilibre entre les intérêts en présence, dans le respect des droits reconnus aux personnes incarcérées, mais aussi des fonctions dévolues aux différents intervenants et des objectifs poursuivis par l'exécution de la peine.

[2198] BERNHEIM J. (1979), p. 64.

[2199] « *Die in § 203 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 des Strafgesetzbuchs genannten Personen haben sich gegenüber dem Anstaltsleiter zu offenbaren,* ***soweit dies für die Aufgabenerfüllung der Vollzugsbehörde*** [nous soulignons] *(…) erforderlich ist* ».

[2200] Il est ainsi précisé notamment que ces professionnels doivent participer à l'élaboration du plan d'exécution de peine et prendre part aux séances de l'établissement (*Anstaltskonferenzen*).

[2201] Pour de plus amples développements sur cette disposition (controversée) et ses implications, cf. WYDRA (2002), pp. 112s; CALLIESS/MÜLLER-DIETZ (2002), pp. 813-816, n°5s; SCHÖCH in KAISER/SCHÖCH (2002), pp. 340ss, en particulier n°227, n°229 et n°232ss; HILDEBRANDT (2004); SCHÖCH (2005), p. 51.

En conséquence et dans le prolongement des développements qui précèdent, nos propositions normatives consacrent la collaboration interdisciplinaire, l'obligation de secret des intervenants convoqués à la prise en charge psycho-médico-sociale des détenus et l'intervention d'un médecin pénitentiaire expert.

3.4.1.1 Travail interdisciplinaire

[1]L'ensemble des intervenants directement impliqués dans la prise en charge psycho-médico-sociale des personnes incarcérées veillent à collaborer étroitement, coordonner leurs actions et échanger régulièrement sur leur pratique respective menée auprès des détenus dont ils assument l'encadrement.

[2]Pour ce faire, une séance mensuelle, réunissant l'un au moins des membres de chaque groupe des intervenants concernés, est instaurée dans chaque établissement.

3.4.1.2 Obligation de secret

[1]Les intervenants impliqués dans la prise en charge psycho-médico-sociale des personnes incarcérées gardent le secret sur les faits qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou de leur fonction, ou dont ils ont eu connaissance dans l'accomplissement de celle-ci.

[2]Ils sont autorisés à partager entre eux les informations relatives à une personne incarcérée, pour autant que la révélation du secret coïncide avec l'un des motifs justifiant sa levée.

[3]Dans le cadre de l'entretien d'entrée, le détenu est informé de la politique d'échange des informations le concernant. Il lui est en particulier expliqué les exigences d'interdisciplinarité nécessaires à l'accomplissement de certaines interventions le concernant et indiqué les motifs qui sont susceptibles de justifier la levée du secret.

[4]L'obligation de secret perdure au-delà de la fin de l'exercice des fonctions et de la mort de son détenteur.

[5]L'intervenant qui viole son obligation de secret sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

3.4.1.3 Motifs justifiant la révélation du secret

[1]L'obligation de secret est levée :

a) dans tous les cas, si le détenu y consent librement et que la direction de l'établissement ne s'y oppose pas ;

b) si le détenu compromet sérieusement sa vie ou son intégrité corporelle, ou celle d'autrui ;
c) dans le cadre des processus d'élaboration des préavis de la direction relative à l'opportunité de l'octroi d'une modalité d'exécution de peine ou de son interruption.

[2]Lors de leur première entrevue, l'intervenant informe clairement le détenu des motifs justifiant la révélation du secret.

[3]L'intervenant appelé à délivrer à ses collègues des informations scellées par le secret en vertu d'un motif justifiant sa révélation en informe dans chaque cas le détenu concerné. Il discute avec ce dernier des informations qui seront restituées et, dans la mesure du possible, cherche à obtenir son accord.

[4]La procédure de levée des articles 320 ou 321 du Code pénal s'applique pour le surplus.

3.4.1.4 Médecin pénitentiaire expert

[1]Le département cantonal en charge des affaires pénitentiaires nomme un médecin préposé aux expertises médicales requises auprès des personnes incarcérées dans ses établissements.

[2]Le médecin pénitentiaire expert est sollicité par les autorités pénitentiaires en particulier pour :

a) attester de l'aptitude d'un détenu à travailler ;
b) certifier la compatibilité de l'état de santé d'un détenu avec un placement en cellule d'isolement disciplinaire ;
c) délivrer toute autre (contre-)indication médicale susceptible de léser la relation médecin pénitentiaire traitant avec le patient-détenu ;
d) émettre son avis sur toute décision susceptible d'aboutir à une mesure de nature coercitive préjudiciable à la santé du détenu ;
e) procéder aux fouilles corporelles intimes ;
f) effectuer les prises de sang et contrôles urinaires ;
g) expertiser le détenu consentant pour lequel un constat de lésions traumatiques a été établi.

[3]La fonction de médecin pénitentiaire expert répond aux règles régissant la fonction de médecin expert judiciaire. Elle est en particulier inconciliable, pour un même détenu, avec celle de médecin pénitentiaire traitant ou de médecin traitant externe.

3.4.2 Détermination du bon niveau normatif

Il convient désormais de déterminer à quel niveau normatif ces règles devraient être instituées. Deux échelons normatifs se dessinent. Le premier est de niveau cantonal. On pourrait concevoir en effet que les cantons les intègrent à leur réglementation relative à l'exécution des sanctions. Le second est de niveau fédéral et implique la promulgation d'une loi fédérale qui pourrait les contenir.

Il n'y a pas lieu de s'étendre sur la possibilité laissée aux cantons d'inclure dans leur législation de telles dispositions puisqu'elles seraient contraires au principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Nous avons par ailleurs eu l'occasion de constater que règne à l'échelon cantonal la plus grande hétérogénéité en la matière. En plus d'un manque d'uniformité, les actes cantonaux relatifs à l'exécution des sanctions privatives de liberté se révèlent souvent lacunaires, voire parfois obsolètes. Ils ne conviendraient dès lors pas en leur état à la réception de telles règles.

Au niveau fédéral, les principales normes en matière d'exécution des sanctions privatives de liberté relèvent du Code pénal et de ses ordonnances d'application, qui constituent un cadre au regard duquel les cantons doivent édicter des prescriptions d'exécution. Cet état de la législation se révèle à notre sens insatisfaisant. Eu égard aux restrictions drastiques portées aux droits fondamentaux, à l'étendue du cercle des personnes visées et aux conséquences importantes, notamment sociales et économiques qu'elle implique, la privation pénale de liberté devrait être réglementée dans un seul texte. En d'autres termes, l'ensemble des normes relatives à l'exécution et à l'application des sanctions privatives de liberté devrait ainsi être regroupé dans une loi fédérale unique[2202]. Dans le même ordre d'idées, il conviendrait de retirer le droit de l'exécution des sanctions à la section Partie générale du Code pénal du DFJP et de le rattacher à la section Exécution des peines et mesures de ce département. Il est clair en effet qu'à l'heure actuelle les priorités de la section Partie générale du Code pénal relèvent de bien d'autres domaines que de celui de l'exécution des sanctions[2203].

De nombreuses organisations supranationales appellent de leur vœu l'existence, dans chaque Etat de droit, d'une loi unique régissant la privation de liberté résultant d'une condamnation pénale[2204]. Pour autant, plusieurs tentatives d'élaboration d'un tel texte ont déjà échoué et le Conseil fédéral dans son Message relatif au nouveau Code pénal persiste dans cette voie en estimant que « *la liberté d'action des autorités cantonales en matière d'exécution des peines et des mesures ne doit pas être inutilement restreinte* ». Aussi a-t-il « *renoncé d'emblée à élaborer une loi particulière relative à l'exécution des peines* »[2205].

[2202] Si elle suscite des controverses, l'idée d'unifier le droit de l'exécution des sanctions privatives de liberté n'est de loin pas nouvelle. Elle remonte déjà à la fin du 19e siècle, dans le cadre des travaux préparatoires pour l'unification du droit pénal suisse, et est préconisée par nombre d'auteurs. Sur la question, cf. notamment DELAQUIS (1936), pp. 11ss; CLERC (1965*b*), p. 9; AEBERSOLD (1973), p. 187; ROBERT C.-N. (1974), en particulier pp. 145ss, s'agissant des travaux préparatoires et pp. 160s, pour une proposition concrète; RIKLIN (1987), p. 345; KOLLER (1992), pp. 409s; PERRET-GENTIL (1992), pp. 142ss ; BRÄGGER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (2002), p. 441, n°7 et les autres références citées par ce dernier.

[2203] SCHÜRMANN P. (1998), p. 13.

[2204] Par exemple, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, dans plusieurs de ses recommandations, insiste sur cette nécessité qu'il qualifie d'absolue. Cf. notamment la Recommandation n° R(2003)22 du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la libération conditionnelle. A ce propos, voir également les travaux de la FIPP qui convergent en ce sens, tel que le souligne KELLENS (2003), p. 84.

[2205] FF 1999 1787, 1918.

L'unification du droit de l'exécution des sanctions privatives de liberté *via* l'élaboration d'une loi spécifique demeure néanmoins un projet d'avenir. Nous avons bon espoir d'ailleurs qu'il se réalise dans les prochaines décennies, en lien avec l'aboutissement de la réforme portant sur la péréquation financière et la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT)[2206]. Aussi complexe qu'ambitieux, ce grand chantier touche aux fondements du système fédéraliste helvétique. Il se décline en trois étapes[2207] dont la première, portant sur les modifications constitutionnelles[2208], a été plébiscitée par le peuple et les cantons le 28 novembre 2004[2209]. Il concerne notamment le droit de l'exécution des sanctions. La réforme propose en effet de modifier l'article 123 Cst. pour reconnaître à la Confédération la compétence générale de légiférer en ce domaine[2210]. Aux termes de l'alinéa 2 nouveau de cette disposition :

> *« La Confédération peut légiférer sur l'exécution des peines et des mesures. Elle peut octroyer aux cantons des contributions:*
> *a. pour la construction d'établissements;*
> *b. pour l'amélioration de l'exécution des peines et des mesures;*
> *c. pour le soutien des institutions où sont exécutées les mesures éducatives destinées aux enfants, aux adolescents ou aux jeunes adultes »*[2211].

L'alinéa 2 nouveau de l'article 123 Cst. attribue donc à la Confédération une compétence concurrente en ce domaine. La forme potestative souligne qu'elle dispose d'une certaine liberté en la matière, liberté dite « *nécessaire pour pouvoir prendre en considération les besoins des cantons* »[2212]. Les nouvelles bases constitutionnelles l'enjoignent en effet de veiller aux spécificités cantonales[2213], ainsi que de laisser aux cantons « *suffisamment de tâches propres et [de] respecte[r] leur autonomie d'organisation* »[2214].

Les raisons invoquées à l'appui de cette proposition sont certes d'ordre financier[2215], mais dénotent également d'un début de réflexion plus globale sur la politique pénitentiaire helvétique. Il est souligné en particulier que « *le regroupement de toutes les prescriptions importantes pour l'exécution des peines contribue[rait] à augmenter la sécurité juridique* »[2216]. Cette unification contraindrait en outre les cantons à collaborer entre eux,

---

[2206] Même si l'élaboration d'une telle loi, en lien précisément avec la réforme sur la péréquation financière, a déjà été tentée en 2003 et a essuyé un sérieux revers. Sur ce point, cf. Priska SCHÜRMANN in : Informations sur l'exécution des peines et mesures 1/2004, p. 22.
[2207] Cf. Brochure d'information intitulée « *La RPT : un projet pour revitaliser le fédéralisme, axé sur l'efficacité dans l'accomplissement des tâches, l'économicité des prestations étatiques et la réduction des disparités cantonales* », p. 28. Disponible sous : http://www.nfa.ch/fr/dokumente/broschuere/.
[2208] Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons* du 14 novembre 2001 ; FF 2002 2155.
[2209] FF 2005 883 : « *L'arrêté fédéral a été accepté par le peuple, par 1 104 565 oui contre 611 331 non, ainsi que par les cantons, par 18 5/2 oui contre 2 1/2 non* ».
[2210] FF 2002 2155, 2308.
[2211] Arrêté fédéral concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) du 3 octobre 2003 ; FF 2003 6035, 6038.
[2212] FF 2002 2155, 2333.
[2213] Art. 46 al. 3 dudit Arrêté fédéral ; FF 2003 6035, 6036.
[2214] Art. 47 al. 2 dudit Arrêté fédéral ; FF 2003 6035, 6036.
[2215] Elles concernent en particulier les contributions versées par la Confédération pour la construction des établissements.
[2216] FF 2002 2155, 2307s.

mieux que ne le permettent, au regard du droit en vigueur, les organes concordataires et de la CCDJP [2217]. Elle entérinerait enfin une coopération plus étroite entre la Confédération et les cantons[2218].

C'est dans la seconde étape, à l'occasion de la rédaction du deuxième Message relatif à ce projet[2219], que le Conseil fédéral décidera « *à quel moment et dans quelle mesure il faudra réunir l'ensemble des prescriptions en matière d'exécution des peines et des mesures* ». Il conçoit pour l'heure que cette unification se fasse soit par une loi spécifique, soit par une modification du Code pénal[2220].

Il s'avère dès lors parfaitement légitime à ce stade de s'interroger sur l'insertion dans une loi fédérale sur l'exécution des sanctions de prescriptions relatives aux obligations de confidentialité des intervenants pénitentiaires. D'autres législations, dans des domaines certes différents, l'ont précédée dans cette voie.

Tel est le cas notamment de « *l'obligation de garder le secret* » prévue à l'art. 4 LAVI et qui lie tous les collaborateurs des centres de consultation institués par cette loi. En effet, la violation de cette obligation « *constitue une infraction pénale distincte. Elle absorbe la violation du secret de fonction et celle du secret professionnel* »[2221]. Elle s'inspire tant de l'article 320 CP que de l'article 321 CP. Elle emprunte au premier la poursuite d'office et au second le consentement de l'intéressé à la levée. Ainsi articulée, l'obligation de secret ici érigée tient compte des spécificités de la prise en charge des personnes qui s'adressent aux centres LAVI, mais aussi de la mission confiée à leurs collaborateurs et des buts poursuivis par ces institutions[2222].

[2217] Cf. l'art. 48 al. 4 et 5 et l'art. 48*a* dudit Arrêté fédéral ; FF 2003 6035, 6036.

[2218] Cf. l'art. 46 al. 2 et 3 et l'art. 47 al. 2 dudit Arrêté fédéral ; FF 2003 6035, 6036.

[2219] En effet, « *les deux messages relatifs à la RPT ne vont pas l'un sans l'autre. Les modifications de la Constitution proposées dans le présent message ne peuvent déployer leurs effets que dans la mesure où les adaptations nécessaires de la législation sont réalisées* » : FF 2002 2155, 2309.

[2220] FF 2002 2155, 2309.

[2221] CONSEIL FÉDÉRAL, *Message concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes* du 25 avril 1990 ; FF 1990 II 909, 928.

[2222] Voir aussi dans le domaine du droit de la tutelle les propositions à ce sujet de la Commission d'experts pour la révision totale du droit de la tutelle qui sont comprises au Titre douzième[bis] de l'avant-projet de révision du Code civil. L'art. 447 érige une collaboration interdisciplinaire particulièrement élargie entre les organes (personnes, services et autorités) appelés à œuvrer dans le domaine de la protection de l'adulte. L'art. 448 impose une obligation *sui generis* de secret aux personnes qui ordonnent les mesures de protection de l'adulte et à celles chargées de leur application et prévoit des exceptions (importantes) à cette obligation. Cf. COMMISSION D'EXPERTS POUR LA REVISION TOTALE DU DROIT DE LA TUTELLE, *Protection de l'adulte. Rapport relatif à la révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, juin 2003, pp. 80s et COMMISSION D'EXPERTS POUR LA REVISION TOTALE DU DROIT DE LA TUTELLE, *Avant-projet de révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, juin 2003, p. 23. Notons que dans le cadre de la procédure de consultation, ces dispositions n'ont pas fait l'objet de controverses particulières. Quelques participants à la procédure se sont même prononcés en faveur d'une collaboration interdisciplinaire plus étendue, soit en allongeant la liste des organes impliqués, soit en omettant de les mentionner, précisément pour laisser à d'autres le champ libre. A ce propos, voir le classement des réponses à la procédure de consultation de l'avant-projet relatif à la révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), octobre 2004, pp. 410-416, disponible sur le site officiel de l'Office fédéral de la justice : http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home.html, rubriques : Société/Tutelle. Le DFJP a été chargé par le Conseil fédéral d'élaborer un message sur la révision totale du droit de la tutelle d'ici à 2006. Plus généralement, l'obligation de confidentialité des organes de tutelle et son articulation avec les tâches qui leur sont dévolues posent aussi un certain nombre de problèmes récurrents. Pour de plus amples développements, cf. notamment la

L'introduction de telles propositions normatives dans un acte fédéral couvrant toute la matière s'avère donc à notre sens la solution la plus pertinente. Elle permet de donner une réponse satisfaisante à la problématique de la coexistence des secrets en détention, tant les intérêts en jeu sont importants.

En l'absence d'une telle loi, nous pourrions concevoir que le nouveau Code pénal accueille ces règles de conflit, à l'instar du devoir de confidentialité qu'il érige à l'attention des agents de probation. Nous avons vu en effet que l'article 93 al. 2 nCP érige une obligation de secret *sui generis*, limitée aux seuls collaborateurs des autorités cantonales de probation. En vertu de cette obligation, les agents de probation ne pourront communiquer à des tiers des informations personnelles concernant le condamné qu'avec son consentement ou l'autorisation de l'autorité de probation dont ils relèvent. Ils seront enjoints en revanche à rapporter les renseignements nécessaires à des autorités ou personnes qui en ont besoin dans l'accomplissement de leur travail. Il pourra s'agir notamment d'autorités de probation, pénitentiaires et judiciaires, des soignants du condamné, de ses proches ou de son employeur[2223]. Ceux-ci ont en commun de participer à la mise en œuvre des moyens destinés à la (ré)insertion sociale du condamné. La situation est presque analogue pour les intervenants exerçant en prison, puisque tous concourent à la prise en charge psycho-médico-sociale de la personne incarcérée.

Nous ne saurions cependant déterminer la place de ces dispositions dans le nouveau Code pénal, qui ne traite pas des droits et des obligations des intervenants, mais se borne à édicter les lignes directrices de l'exécution des sanctions, à charge pour les cantons d'en préciser les modalités. En conséquence, bien qu'intéressante, cette option n'est pas adéquate. Seule le demeure l'introduction de nos propositions dans une loi fédérale consacrée à l'exécution des sanctions, laquelle aurait l'avantage en outre d'encourager très probablement « *des politiques et des actions d'innovation en matière de formation, de mobilité, de statut, de relations et de communications en faveur des professionnels de ce secteur* »[2224].

---

thèse de ELSENER (1993), dont les propositions de *lege ferenda* ont clairement inspiré le groupe de travail chargé de rédiger le premier avant-projet relatif à une révision du Code civil (protection des adultes) de juin 1998, ainsi que AUBERT (1978); BREITENSTEIN (1978); SCHOENENWEID (1986); MEIER P. (1996); DITTMANN (1997*b*); GEISER (2003).

[2223] FF 1999 1787, 1936. Notons qu'il était initialement prévu de n'autoriser les agents de probation à communiquer à ces autorités les informations concernant le condamné que « *dans l'intérêt de celui-ci* ». Dans le cadre de la procédure de consultation cependant, l'art. 38 al. 2 de l'Avant-projet concernant la révision de la partie générale et du troisième livre du CP a essuyé de si vives critiques, que cette proposition a été écartée.

[2224] QUELOZ (2003), p. 314.

CONCLUSION

Tout au long de ce travail, nous nous sommes efforcée de déterminer dans quelle mesure les règles du droit positif ne satisfont pas aux **obligations de se taire** - donc, aux exigences de secret - et aux **besoins de savoir** des praticiens impliqués à des titres divers dans l'encadrement des personnes condamnées à une peine privative de liberté. Nous avons constaté en particulier que l'équilibre entre ces deux impératifs est loin d'avoir été trouvé en prison et évoqué les raisons pour lesquelles il convient d'appréhender la problématique des secrets "**incarcérés**" différemment qu'elle ne l'est en milieu libre.

Notre thèse propose par conséquent un modèle **réglementé** de partage, entre les différents professionnels investis de la prise en charge psycho-médico-sociale des détenus, des informations confidentielles qu'ils détiennent à leur sujet. Ce modèle apparaît comme un outil fonctionnel qui tend à concilier les différents intérêts en présence et tente de combler le hiatus qui sépare en la matière la théorie juridique de sa traduction dans la pratique.

Les quatre grandes étapes de ce travail ont consisté en :

- La détermination du statut et des missions des intervenants pénitentiaires, en lien avec l'institution et eu égard à leurs relations avec le détenu et leurs collègues, sous l'angle en particulier de leurs obligations de confidentialité.

- La clarification de l'imbroglio juridique qui caractérise à l'heure actuelle les obligations de secret auxquelles sont tenus les professionnels de l'intervention psycho-médico-sociale auprès des détenus.

- La formulation d'une proposition *ad hoc* de règles de conflit relatives au partage, entre lesdits professionnels, des informations confidentielles concernant les personnes incarcérées.

- L'intégration de cette proposition dans un acte législatif qui consacre un secret "institutionnel" *sui generis* et fixe les pourtours de l'obligation de se taire, respectivement du devoir de parler, des professionnels concernés.

Nous ne saurions conclure sans insister sur le fait que la qualité des interventions auprès des détenus et du partage des informations les concernant dépend indéniablement des personnes impliquées. Notre modèle réglementé de partage des informations n'est pas la panacée. Il se borne à donner des éléments de réponse, en précisant quelles doivent être les **circonstances** dans lesquelles il s'avère justifié et nécessaire d'échanger des informations scellées par un secret. Il ne fournit en particulier pas de résolution "prête à l'emploi" à la multitude de cas susceptibles de se présenter. En effet, si l'anglicisme « *all dressed* » est à la mode, il serait vain et très peu crédible, voire même contre productif, de vouloir l'appliquer à cette problématique[2225]. Bien au contraire, notre modèle veut laisser une certaine latitude aux

[2225] De manière générale, il faut en effet admettre avec BURKERT (1988), p. 30 que « *si les règles juridiques sur la transparence et le secret se ramifient excessivement et tombent dans un excès de casuistique, la fonction du*

intervenants pénitentiaires et favoriser leur réflexion personnelle. Aussi accorde-t-il une importance particulière à leur savoir-faire, implicitement aussi à leur savoir-être. Certains des éléments sur lesquels ce modèle repose et dont il favorise la consécration participent aussi de cette reconnaissance. Le concept de travail interdisciplinaire, par exemple, découle précisément des réflexions des praticiens, issus de corps de métier distincts[2226].

L'ouverture de la prison à de nouveaux professionnels a profondément ébranlé les convictions de ceux qui travaillaient déjà en son sein avant leur arrivée. Les logiques d'action de ces derniers se sont vues confrontées à celles importées de l'extérieur, parfois diamétralement opposées aux leurs. Rapprocher aujourd'hui les artisans des différentes disciplines présentes en les murs n'est toutefois pas mission impossible. Le personnel de surveillance et les professionnels de la médecine, de la psychologie et de l'action sociale, notamment, ont beaucoup à apprendre les uns des autres. Les ambivalences et les contradictions qui sous-tendent leurs relations enrichissent leurs pratiques respectives et peuvent créer de constructives synergies[2227]. Il est essentiel qu'un dialogue s'instaure à propos de leurs actions individuelles et collectives, de leurs idéaux, des difficultés qu'ils rencontrent et des succès qu'ils remportent. Il est fondamental également qu'ils reconnaissent leurs compétences et leurs pratiques respectives ; leurs préoccupations et leurs responsabilités réciproques[2228]. Il est primordial enfin qu'ils admettent la complémentarité de leurs interventions dans le cadre d'une prise en charge plurielle du détenu, cohérente et respectueuse de sa dignité[2229]. L'ignorance mutuelle mène forcément à des encadrements sectoriels, alors qu'il est dans l'intérêt de tous, professionnels comme détenus, que leurs expériences se rejoignent[2230].

Dès lors, si nous plaidons en faveur de l'élaboration d'une loi fédérale sur l'exécution des sanctions qui restitue en son sein un modèle de résolution des conflits résultant de la *co*existence des secrets en détention, nous appelons également de nos vœux l'aménagement d'un lieu d'échanges réunissant tous les partenaires institutionnels. Il s'agirait d'un lieu de rencontres et d'interactions entre les différents intervenants qui leur permettrait notamment d'effectuer un **travail de définition** de leurs rôles respectifs. Il s'agirait également d'un espace au sein duquel il leur serait possible de penser ensemble la peine et d'exprimer librement leur conception de son exécution. Il semble rare à l'heure actuelle qu'une telle possibilité leur soit offerte. Que surveillants, travailleurs sociaux, soignants et directeurs d'établissement appréhendent conjointement l'institution prison et les fonctions dévolues à l'exécution de la peine privative de liberté s'avère pourtant un prélude incontournable à un

---

droit en matière de prévisibilité sera touchée. Il n'apporte [alors] plus l'ordre, mais le désordre ». Dans le même sens, cf. CHAVANNE (1976), p. 806.

[2226] Cf. par exemple, JAFFÉ (1994), p. 6; BOLLI (2002*b*), p. 105; DE MARTINI (2002), p. 193; LUGINBÜHL (2002), p. 77; MEIER H.-U. (2002); RESTELLINI (2004), p. 467; VARONE (2005), p. 16.

[2227] Nous préférons cette expression à celle de « *conflictualité constructive* » du Dr. GRAVIER (2002), p. 157 et (2004), p. 680. Non seulement nous avons pu constater qu'elle est fréquemment très mal interprétée par les intervenants non-soignants, mais nous souhaitons également évacuer ici définitivement cette idée de différend.

[2228] En ce sens également, cf. CIRLINI-VOYAME (1993), p. 175; FELTZ (1997), p. 93.

[2229] Sur la notion de « *dignité* » ici entendue, cf. GARAPON/SALAS (2001), pp. 168-175, pour lesquels (p. 168) « *elle se conçoit tout d'abord comme un infranchissable, elle suppose ensuite un sujet reconnu comme l'auteur d'une parole engageante, et se présente enfin comme une exigence commune au sujet détenu, au personnel de surveillance et à la communauté sociale toute entière* ».

[2230] Dans le même sens, voir CHEVRY/PLANCHE (1997), pp. 146s.

travail certes différencié, mais collectif et assumé comme tel, focalisé sur le même objet (la prison) et le même sujet de cet objet (le détenu)[2231].

Nous ne sommes donc pas loin d'être persuadée que le modèle de partage ici préconisé pourrait encore être précisé par la confrontation en un lieu de libre**s** parole**s**[2232] des conceptions sur la question des différents intervenants concernés. Par-delà leurs règles professionnelles respectives et leurs croyances individuelles, une véritable solution négociée serait de la sorte susceptible d'émerger, laquelle pourrait restituer un professionnalisme concerté, voire une doctrine commune, propre aux différentes pratiques "incarcérées"[2233]. Dans cette perspective, nous espérons que cette étude servira de détonateur à une réflexion approfondie, réunissant tous les professionnels de l'exécution des sanctions, sur une problématique qui ne saurait longtemps encore les diviser.

[2231] Cette réflexion commune aurait en outre incontestablement des répercussions « *structurantes* » sur les détenus. Nous pensons en effet avec DU MESNIL DU BUISSON (1995), p. 845 que « *les détenus sont naturellement sensibles à la manière globale dont leurs interlocuteurs perçoivent la peine qu'ils accomplissent* ».

[2232] Le pluriel est ici de rigueur en raison de la diversité des significations données par chacun à des termes et des concepts qui pourtant portent le même nom. Sur la question de la « *polysémie des termes* », cf. en particulier SCHWEITZER (2002), pp. 63s; LAMEYRE (2002), p. 79.

[2233] En ce sens également, cf. DE CONINCK (2003*a*), p. 1160.

BIBLIOGRAPHIE

ABDELLAOUI SID, *Rapports entre identité sociale et besoin de contrôle chez les détenus et les surveillants*, in Connexions, n° 67, « La justice : valeurs, fonctionnements, perspectives », 1/1996, pp. 137-152.

AKRICH MADELEINE/CALLON MICHEL, *L'intrusion des entreprises privées dans le monde carcéral français: le Programme 13 000*, in P. Artières/P. Lascoumes (sous la dir. de), Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 295-317.

AEBERSOLD PETER, *Von der Kastration zur Incapacitation. Über den Umgang mit gefährlichen, insbesondere sexuell gestörten Tätern*, in S. Bauhofer/P.-H. Bolle/V. Dittmann (Eds), « Gemeingefährliche » Straftäter / Délinquants « dangereux », Zurich, Rüegger, 2000, pp. 171-192.

- *Représentations de l'être humain dans le droit pénal et l'exécution des peines*, in Les représentations de l'être humain dans le procès pénal et dans l'exécution des sanctions. Quels systèmes de valeurs tendent à orienter les décisions ?, Lucerne, Caritas, 1998, pp. 37-54.
- *Der Zweck des Strafvollzugs und die Rechtsstellung der Gefangenen*, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Bâle Helbing & Lichtenhahn, 1973, pp. 169-188.

AFFERGAN FRANCIS, *Critique de la transparence ou l'Éloge du secret*, in Traverses, n°^{s} 30-31, Paris, Centre G. Pompidou, 1984, pp. 30-38.

ALBRECHT ELKE/GUYARD VERONIQUE, *Prisons de femmes en Europe*, Paris, Dagorno, 2001.

ALT-MAES FRANÇOISE, *Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/1998, pp. 300-313.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Psychiatric Services in Jails and Prisons*, 2^{e} ed., Washington, American Psychiatric Association, 2000.

AMSON DANIEL, *Le secret de la confession*, in Revue de la gendarmerie nationale, n° 210, 2004, pp. 54-58.

ANCEL MARC, *La défense sociale nouvelle*, 3^{e} éd., Paris, Cujas, 1981.

- *Peine et rééducation dans l'évolution du droit pénal*, in Prisons et prisonniers, n° 43, 1959, pp. 296-305.

ANSELMIER HENRI, *Les prisons vaudoises : 1872-1942*, Lausanne, Réalités sociales, 1993.

- *Les prisons vaudoises : 1798-1871*, Lausanne, Bibliothèque historique vaudoise, 1983.

ARCHER EVRY, *Obligation de soins et secret médical. Une exigence éthique essentielle : la réflexion sur les fondements*, in Les soins obligés ou l'utopie de la triple entente, Actes du XXXIII^{e} Congrès français de criminologie, Association française de criminologie, Société belge de criminologie, Université Lille II, Paris, Dalloz, 2002, pp. 163-168.

ARN URS, *Die Sanktionierung von Drogenbesitz und Konsum im Strafvollzug*, in Bulletin de criminologie 1/1996, pp. 33-66.

ARTIERES PHILIPPE/LASCOUMES PIERRE (sous la dir. de), *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004.

ARTIERES PHILIPPE/QUERO LAURENT/ZANCARINI-FOURNEL MICHELLE, *Le Groupe d'information sur les prisons: archives d'une lutte 1971-1972*, Paris, Editions de l'IMEC, 2003.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Schulthess, 2003.

AUBERT MAURICE/KERNEN JEAN-PHILIPPE/SCHÖNLE HERBERT (ouvrage fondé par), *Le secret bancaire suisse*, 3ème édition mise à jour et complétée, Berne, Stämpfli, 1995.

AUBERT PHILIPPE, *Devoirs de fonction et de secret des organes de la tutelle. Production des dossiers tutélaires aux autorités judiciaires*, in Revue du droit de tutelle 4/1978, pp.121-128.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I « *L'Etat* » et vol. II « *Les droits fondamentaux* », Berne, Stämpfli, 2000.

AYER ARIANE, *Secret et protection des données à l'école*, in Plaidoyer 6/2003, pp. 54-59.

- *Le secret professionnel du psychologue : Aspects juridiques*, in R. Lob-Izraelski (sous la dir. de), Le secret professionnel, Actualités psychologiques, Institut de Psychologie, Université de Lausanne, 2001, pp. 1-20.

AYMARD NADIA/LHUILIER DOMINIQUE, *Sécurité et identité professionnelle des personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire*, in Revue Droit et Société, n° 25, 1993, pp. 435-447.

❖

BAECHTOLD ANDREA, *Strafvollzug. Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 6, 2005.

- *Inventar des kantonalen Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrechts*, in Revue suisse de criminologie 1/2004, pp. 61-63.
- *Switzerland*, in D. van Zyl Smit/F. Dünkel (Eds), Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions, 2e éd., La Haye, Londres [etc.], Kluwer Law International, 2001, pp. 653-675.
- *Strafvollzug und Strafvollstreckung an Ausländern: Prüfstein des Strafrechtspflege oder bloss "suitable enemies"*, in Revue pénale suisse 118(2000), pp. 245-269.

(cité: BAECHTOLD 2000*a*)

- *Die Fachkommissionen zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit - Cui bono?*, in S. Bauhofer/P.-H. Bolle/V. Dittmann (Eds), « Gemeingefährliche » Straftäter / Délinquants « dangereux », Zurich, Rüegger, 2000, pp. 325-344.

(cité: BAECHTOLD 2000*b*)

- *Die Arbeitspflicht im Strafvollzug - ein Grundpfeiler des Freiheitsstrafe oder eine überkommene Ideologie ?*, Revue pénale suisse 110(1992), pp. 379-392.
- *Le rôle de la Confédération en matière d'exécution des peines*, in M. Gottraux/M. Bornicchia (textes réunis et présentés par), Prisons, droit pénal: le tournant ?, Lausanne : Ed. d'en bas ; Genève : Ed. I.E.S, 1987, pp. 111-122.
- *Eine schweizerische Strafvollzugspolitik ?*, in Bulletin de criminologie 2/1978, pp. 23-33.
- *La semi-liberté et la semi-détention dans l'exécution des peines en droit suisse*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 1/1976, pp. 31-44.

BAGLA-GÖKALP LUSIN, *Sociologie des organisations*, Paris, La Découverte & Syros, Coll. Repères, 1998.

BALAVOINE JEAN-FRANÇOIS, *SIDA et secret médical. L'expérience d'un praticien*, in D. Müller/J.-F. Balavoine, SIDA : le secret médical menacé, Folia Bioethica n° 5, Genève, Société suisse d'éthique biomédicale, 1991, pp. 11-22.

BALLONI AUGUSTO, *Les représentations de la prison comme problème social*, in La surpopulation pénitentiaire en Europe / Prison overcrowding in Europe, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 51-64.

BARBEZAT FRANÇOIS, *Formation des gardiens d'établissements pénitentiaires : survol historique et perspectives d'avenir*, Lausanne, Réalités sociales, 1994.

BARLET PIERRE, *L'éthique dans l'expertise du détenu*, in Journal de Médecine légale/Droit médical, n°s 3-4, 41(1998), pp. 281-283.

- *La santé en prison: une mission de santé publique*, in Institut des Droits de l'Homme/Association pour la Prévention de la Torture, De la prévention des traitements inhumains et dégradants en France, Les Cahiers de l'Institut des droits de l'homme, n° 2, Lyon, Université catholique de Lyon, 1996, pp. 7-15.

BARRIERE JEAN-MICHEL, *Symbolique de l'espace et localisations*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/1995, pp. 197-201.

BARTSCH HANS-JÜRGEN, *Human Rights and Detention - an Introduction*, in P.-H. Bolle (sous la dir. de), Droits fondamentaux et détention pénale, Actes du septième Colloque international de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Neuchâtel/Suisse, 3-7 octobre 1992, pp. 18-32.

BATHOLEYNS FREDERIQUE/BEGHIN JULIETE/BELLIS PHILIPPE/MARY PHILIPPE, *Le droit pénitentiaire en Belgique : limite aux contraintes carcérales*, in O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence ; Bruxelles : Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 153-186.

BAUDOUIN JEAN-LOUIS, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve. Etude de droit québécois comparé au droit français et à la common-law*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.

BAUER ALAIN/CORNU PIERRE, *Code de procédure pénale neuchâtelois annoté*, Neuchâtel, Imprimerie commerciale, 2003.

BAUER YVONNE, *Täter-Opfer-Ausgleich in der Kritik. Im historischen Kontext von Strafsystemen eine humane Alternative?*, Oldenburg, Bis, 1997.

BAUHOFER STEFAN/BOLLE PIERRE-HENRI/DITTMANN VOLKER (Eds), *« Gemeingefährliche » Straftäter / Délinquants « dangereux »*, Zurich, Rüegger, 2000.

BECCARIA CESARE, *Des délits et des peines*, Réed., Paris, GF-Flammarion, 1991.

BECHLIVANOU GEORGIA, *La surpopulation carcérale au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in La surpopulation pénitentiaire en Europe / Prison overcrowding in Europe, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 65-74.

- *Symbole et verbe au sein du droit. A propos des lieux fermés et de la notion de privation de liberté dans le jurisprudence européenne*, in Présence du droit public et des droits de l'Homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, Tome troisième, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1607-1625.

BECK ULRICH, *Risk Society. Towards a New Modernity*, Londres, Sage Publications, Coll. Theory, Culture & Society, 1992.

BEDOUELLE GUY, *La loi du silence. Le secret de la confession*, in M.-A. Frison-Roche (dirigé par), Secrets professionnels, Paris, Autrement, 1999, pp. 118-136.

BENEDICT JEROME, *Internet et le respect du secret professionnel de l'avocat*, in F. Chaudet/O. Rodondi, L'avocat moderne : regards sur une profession dans un monde qui change : mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son centenaire, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, 1998, pp. 267-286.

BENGUIGUI GEORGES, *Contrainte, négociation et don en prison*, in Sociologie du travail 1/1997, pp. 1-17.

BENGUIGUI GEORGES/CHAUVENET ANTOINETTE/ORLIC FRANÇOISE, *Les surveillants de prison et la règle*, in Déviance et Société, vol. 18, 3/1994, pp. 275-295.

BENTHAM JEREMY, *Le panoptique, précédé de l'œil du pouvoir, entretien avec Michel Foucault*, Paris, Pierre Belfond, 1977.

BERANGER DOMINIQUE, *Mère, femme, fille, sœur, amie de détenu : témoignages*, Paris, L'Harmattan, 2000.

BERBUTO SANDRA/SIMON JULIE, *Droit et prison : avec foi et loi*, in Revue de droit pénal et de criminologie 83(2003), pp. 257-287.

BERCHER YVONNE, *Au-delà des murs. Témoignage et recherche sur l'univers carcéral suisse romand*, Lausanne, Ed. d'en bas, 1995.

- *Prisons bondées et vide juridique*, in Plaidoyer 5-6/1988, pp. 52-54.

BERGER ROLAND, *Le secret professionnel et de fonction. Bases légales*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 3/1970, pp. 183-204.

BERK BERNARD B., *Organizational Goals and Inmate Organization*, in The American Journal of Sociology, vol. LXXI, n° 5, 1996, pp. 522-534.

BERNARD MARIE-JULIE, *Conseil de l'Europe, droits de l'homme et prisons: l'impact du Comité européen pour la prévention de la torture sur la réforme des prisons*, in Revue française d'administration publique 99(2001), pp. 523-532.

BERNER DAPHNE, *Le médecin auxiliaire de la justice*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 117-128.

- *Quelques réflexions à propos du dossier médical*, in Le dossier médical, Cahier n° 1 de l'Institut de droit de la santé, Neuchâtel, IDS, 1995, pp. 39-43.

BERNHEIM JACQUES, *L'article 43 du Code pénal, une base pour le traitement et la réinsertion*, in Patients psychiques en prison, Actes des journées d'études du GRAAP des 3 et 4 juin 1999, Lausanne, mai 2000, pp. 19-23.

- *L'expert-psychiatre, médecin du juge ou du détenu ?*, in Justice et psychiatrie, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'Ecole nationale de la magistrature, 1993, pp. 41-47.

(cité : BERNHEIM 1993*a*)

- *Sociothérapie institutionnelle de détenus présentant un désordre grave du caractère : l'expérience de « La Pâquerette » à Champ-Dollon (Genève)*, in Justice et psychiatrie, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'Ecole nationale de la magistrature, 1993, pp. 141-147.

(cité : BERNHEIM 1993*b*)

- *Ethique en médecine pénitentiaire*, in A. Cassese (Ed), La lutte internationale contre la torture, Baden-Baden, Nomos, 1991, pp. 25-42.
- *Ethique en médecine pénitentiaire*, in Bulletin de l'Académie suisse des sciences médicales 36(1980), pp. 411-418.
- *Médecine pénitentiaire, service universitaire*, in L'exécution des peines et des mesures dans les petits établissements; possibilités et limites du traitement individuel des détenus, Séminaire tenu à Interlaken du 17 au 22 septembre 1979, Conseil de l'Europe, pp. 61-73.
- *Le secret médical*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 3/1970, pp. 189-192.

BERNHEIM JEAN-CLAUDE, *Les suicides en prison*, Montréal, Méridien, 1987.

BERTRAND DOMINIQUE, *Sida, droit pénal et médecine pénitentiaire*, in Bulletin de criminologie 1/1989, pp. 29-57.

BERTRAND D./LA HARPE R., *Acte médical requis par une autorité et constat médical*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 375-380.

BERTRAND D./LA HARPE R./MARTIN J.-L./PLAUT O., *Constatation des violences chez les personnes arrêtées ou détenues : rôle préventif du médecin*, in Bulletin de criminologie 2/1995, pp. 9-19.

BERTRAND DOMINIQUE/UMMEL MARINETTE/HARDING TIMOTHY W., *Médecin et droits de l'Homme*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical.

Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 45-57.
- *Le Comité européen pour la prévention de la torture: comment la médecine et le droit peuvent se mettre au service des droits de l'Homme*, in Revue Médecine et Droit. Information éthique et juridique du praticien 56(2002), pp. 8-16.

BERTRAND ERNEST, *Leçons pénitentiaires*, Louvain, Imprimerie administrative, 1934.

BERTRAND MARIE-ANDREE (sous la dir. de), *Prisons pour femmes*, Montréal, Méridien, Coll. Cursus universitaire, 1998.

BESOZZI CLAUDIO, *Die (Un)fähigkeit zur Veränderung: eine qualitative Untersuchung über Rückfall und Bewährung von erstmals aus dem Strafvollzug Entlassenen*, Berne, Bundesamt für Justiz, 1998/1999.
- *La situation des condamnés dans l'exécution des peines : la perspective des personnes concernées*, in Travailler avec des délinquants : profession et vocation, Compte-rendu 1/92, Lucerne, Caritas, 1992, pp. 5-23.

BESSIN MARC/LECHIEN MARIE-HELENE, *Hommes détenus et femmes soignantes : l'intimité des soins en prison*, in Ethnologie française, XXXII, 1/2002, pp. 69-80.
- *Soignants et malades incarcérés. Conditions, pratiques et usages des soins en prison*. Rapport de synthèse, EHESS, Centre d'étude des mouvements sociaux, Centre de sociologie européenne, novembre 2000.

BESSIN MARC/LECHIEN MARIE-HELENE/ZELEM MARIE-CHRISTINE, *Soigner en prison : principes et sens pratique des acteurs de la réforme*, in Revue française des affaires sociales, « La santé en prison : un enjeu de santé publique », 1/1997, pp. 111-116.

BEST PETER, *Maintien en activité des détenus dans un environnement économique de plus en plus difficile*, in Actes de la 12e Conférence des Directeurs d'administration pénitentiaire (CDAP), Strasbourg, 26-28 novembre 1997, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 83-116.

BIJEON G., *Une sanction de l'univers carcéral. Le prix de la communication pour celui d'un traitement*, in L'information psychiatrique, vol. 58, 6/1982, pp. 789-799.

BLANC ALAIN, *Décloisonnement et réinsertion : poursuivre l'ouverture*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 53-77.

BLANCHARD NICOLE, *La levée du secret professionnel*, in Revue Médecine & Hygiène 61(2003), pp. 762-765.
(cité : BLANCHARD 2003*a*)
- *La surveillance des professions de la santé*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe /M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 212-216.
(cité : BLANCHARD 2003*b*)

BLONDIEAU FRANCIS, *Les régimes de détention*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/1995, pp. 192-196.
- *La prison centre de la pénalité contemporaine*, in Rétribution et Justice pénale, Paris, Presses universitaires de France, 1983, pp. 95-106.

BOE CAROLINA/MARTINEZ JEROME, *Prison, rétention : la politique d'enfermement des étrangers*, in EcoRev, Revue critique d'écologie politique, n° 15, hiver 2004, http://ecorev.org/article.php3?id_article=221 (dernière consultation : 31.12.2005).

BOEHLEN MARIE, *Frauen im Gefängnis: ihr Werdegang und ihre Bewährung*, Zurich, Rüegger, 2000.

BOHNET FRANÇOIS, *CPCN. Code de procédure civile neuchâtelois commenté*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003.

BOINAY GABRIEL, *Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande*, in Revue jurassienne de jurisprudence 1/1998, pp. 1-127.

BOK SISSELA, *Secrets: on the ethics of concealment and revelation*, New York, Vintage Books, 1989.

BOLL JÜRG, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, Thèse, Zurich, 1983.

BOLLE PIERRE-HENRI, *Formation et rôle du personnel pénitentiaire*, in P.-H. Bolle/D. Yarsuvat (sous la dir. de), Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire, Actes des Journées de Galatasaray, Istanbul/Turquie, 4-7 septembre 2002, Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Université de Galatasaray, 2004, pp. 143-156.
- *Vers une politique pénale limitant le rôle de la prison ?*, in Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 151-163.
- *Rapport général, Conclusions et Recommandations*, in Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 191-201.

- *De quelques principes constitutionnels et généraux applicables en droit suisse de l'exécution de la privation de liberté. Requiem pour des Règles minima défuntes*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/1987, pp. 111-127.
- *Assistance et surveillance. Ambiguïté du patronage*, in Cahiers de défense sociale, Bulletin de la Société internationale de défense sociale, 1982, pp. 24-34.
- *L'avis d'un professeur de droit pénal sur les nouvelles dispositions du Code pénal*, in Informations pénitentiaires suisses 3/1975, pp. 19-31.
(cité : BOLLE 1975*a*)
- *L'application de la libération conditionnelle (art. 38 CP)*, in Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1975, pp. 255-266.
(cité : BOLLE 1975*b*)
- *La mise en œuvre de la loi de 1971 et de solutions telles que le juge de l'application des peines*, in Revue pénale suisse 90(1974), pp. 359-383.
- *Histoire des pénitenciers neuchâtelois*, in Musée Neuchâtelois, n°I/1973, pp. 3-20.

BOLLE DE BAL MARCEL, *Au cœur d'une sociologie existentielle : les secrètes ambivalences du secret*, in A. Petitat (sous la dir. de), Secret et lien social, Actes du colloque « Secret et société », Université de Lausanne, juin 1997, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 49-60.

BOLLI KARL, *Ethische Organisatorische Aspekte der Gesundheitsfürsorge in Gefängnissen*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 11-26.
(cité : BOLLI 2002*a*)
- *Der Stellenwert des Arztgeheimnisses im gefängnisärztlichen Alltag*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 93-106.
(cité : BOLLI 2002*b*)

BONELLO YVES-HENRI, *Le secret*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 1998.

BONNEMAISON GILBERT, *La modernisation du service pénitentiaire. Rapport au Premier Ministre et au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, Paris, France, 1989.

BONNET-GALZY MARIE-CAROLINE/ LALANDE FRANÇOISE/ FELTZ FRANÇOIS, *Rapport sur les besoins d'hospitalisation des personnes incarcérées et le devenir de l'établissement d'hospitalisation public national de Fresnes*, Paris, France, Inspection générale des affaires sociales; Inspection générale des services judiciaires, 1995.

BORRICAND JACQUES, *Le milieu carcéral à travers la littérature*, in Études offertes à Pierre Kayser, Tome I, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, pp. 65-89.

BOTTOMS ANTHONY E., *Interpersonal Violence and Social Order in Prisons*, in T. Michael/ P. Joan (Eds.), Crime and Justice: a Review of Research, Chicago, University of Chicago Press, vol. 26, 1999, pp. 205-281.
- *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, in C.M.V. Clarkson/ R. Morgan (Eds), The Politics of Sentencing Reform, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 17-50.

BOULLANT FRANÇOIS, *Michel Foucault et les prisons*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Philosophies, 2003.

BOULOC BERNARD, *Pénologie : exécution des sanctions, adultes et mineurs*, 2e éd., Paris, Dalloz, Coll. Précis Dalloz, Droit privé, 1998.

BOULOUKOS ADAM C./DAMMANN BURKHARD, *The United Nations and the promotion of prison standards*, in D. van Zyl Smit/F. Dünkel (Eds), Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions, 2e éd., La Haye [etc.], Kluwer Law International, 2001, pp. 756-774.

BOUQUET BRIGITTE, *Secret professionnel du travail social : le devoir de se taire est-il encore possible ?*, in Connexions, n° 60 « Le secret », 2/1992, pp.123-135.

BOURDIEU PIERRE (sous la dir. de), *La misère du monde*, Paris, Seuil, 1993.

BOURGOIN NICOLAS, *Les automutilations et les grèves de la faim en prison*, in Déviance et Société, vol. 25, 2/2001, pp. 131-145.
- *Le suicide en prison*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 229-238.
- *Le suicide en prison*, Paris, L'Harmattan, 1994.

BOUTANG PIERRE, *Ontologie du secret*, Paris, Quadrige/Presses universitaires de France, 1988.

BRÄGGER BENJAMIN, *Überblick über das Disziplinarrecht im schweizerischen Freiheitsentzug*, in Revue suisse de criminologie 1/2003, pp. 25-34.

BRANDA MARIO, *Il segreto professionale degli operatori sanitari e sociali nel Canton Ticino*, in Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese II, 1998, pp. 399-415.

BREDIN JEAN-DENIS, *Secret et transparence dans une société démocratique*, in Secret et Démocratie, Paris, La Documentation française, 1997, pp. 83-90.

BREITENMOSER STEPHAN, *Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, Coll. Institut für internationales Recht und internationale Beziehungen, Bd. 39, 1986.

BREITENSTEIN FRIEDRICH, *Amtspflichten und Amtsgeheimnis der vormundschaftlichen Organe - Herausgabe von Vormundschaftsakten an die Justizbehörden*, in Revue du droit de tutelle 3/1978, pp. 96-105.

BRENNENSTUHL PIERRE, *Soins psychiatriques aux détenus*, in Psychiatrie et Justice, Actes du Congrès de Pro Mente Sana les 20 et 21 novembre 1986 à St-Légier (Vaud), Lausanne, Fondation suisse Pro Mente Sana, 1987, pp. 67-76.

BRION FABIENNE, *Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle*, in Revue de droit pénal et de criminologie 81(2001), pp. 409-483.

BRUNI HANS-ULRICH, *Probation in Switzerland*, in A. M. Van Kalmthout/J.T.M Derks (Eds.), Probation and Probation Services. A European Perspective, Nijmegen, Wolf Legal Productions, 2000, pp. 543-568.

BRUNI HANS-ULRICH/FINK DANIEL, *Die Bewährungshilfe in der Schweiz. Teil III: Zukünftige Herausforderungen der Bewährungshilfe* in Revue suisse de criminologie 2/2004, pp. 41-44.
(cité : BRUNI/FINK 2004*a*)

- *Die Bewährungshilfe in der Schweiz. Teil II: Aufgaben und aktuelle Praxis der Bewährungshilfe*, in Revue suisse de criminologie 1/2004, pp. 55-60.
(cité : BRUNI/FINK 2004*b*)
- *Die Bewährungshilfe in der Schweiz*, in Revue suisse de criminologie 2/2003, pp. 51-53.

BRUNNER MATTHIAS, *Straf- und Massnahmenvollzug*, in M. A. Niggli/P. Weissenberger (Eds), Strafverteidigung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2002, pp. 223-294.

- *Strafvollzug: Wo bleibt die anwaltliche Intervention ?*, in H. Baumgartner/R. Schuhmacher (Eds), Ungeliebte Diener des Rechts. Beiträge zur Strafverteidigung in der Schweiz, Baden-Baden [etc.], Elster, 1999, pp. 123-140.

BRUNNER NATHALIE, *Réflexions sur la protection des données dans l'assurance-maladie sous l'angle de la facturation électronique des prestations médicales*, in N. Tissot (Ed.), Quelques facettes du droit de l'Internet, vol. 5, Neuchâtel, Presses académiques de Neuchâtel, 2004, pp. 65-75.

- *Droits des professionnels de la santé : l'objection de conscience*, Cahier n° 9 de l'Institut de droit de la santé, Neuchâtel, IDS, 2001.

BUFFARD SIMONE, *Le froid pénitentiaire. L'impossible réforme des prisons*, Paris, Seuil, Coll. Esprit, 1973.

BUFFARD S./BARRAL O./ DO J.-P./ GONIN D., *Le médecin en institution pénitentiaire*, in Revue Médecine & Hygiène 42(1984), pp. 1198-1200.

BUONATESTA ANTONIO, *La médiation entre auteurs et victimes dans le cadre de l'exécution de la peine. Bilan d'une expérience pilote de médiation en milieu carcéral menée par l'a.s.b.l. « Médiante », cofinancée par la Communauté française et le SPF Justice*, in Revue de droit pénal et de criminologie 84(2004), pp. 242-257.

BURKERT HERBERT, *Une approche fonctionnelle des règles juridiques régissant le secret et la transparence*, in Secret et transparence : l'individu, l'entreprise et l'administration, Actes du 17e Colloque de droit européen, Saragosse, 21-23 octobre 1987, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Division des publications et des documents, 1988, pp. 11-50.

BUSER WALTER, *Der Schutz der Privatsphäre durch das Amtsgeheimnis*, in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1985, pp. 51-73.

❖

CABEZA DIEGO, *Murmures carcéraux : Expérience professionnelle en milieu pénitentiaire et stress du personnel*, in Bulletin de criminologie 1/2000, pp. 39-81.

CALLIESS ROLF-PETER/MÜLLER-DIETZ HEINZ, *Strafvollzugsgesetz. Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung mit ergänzenden Bestimmungen*, 9e éd., Munich, C. H. Beck, Coll. Beck'sche Kurz-Kommentare, vol. 19, 2002.

CANIVET GUY, *Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires : rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, Paris, France, Ministère de la Justice, 2000.

CANNAT PIERRE, *La réforme pénitentiaire*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949.

- *Nos frères les récidivistes : esquisse d'une politique criminelle fondée sur le reclassement ou l'élimination des délinquants*, Paris, Sirey, 1942.

CANTO-SPERBER MONIQUE, *Philosophie morale et éthique professionnelle*, in M.-A. Frison-Roche (dirigé par), Secrets professionnels, Paris, Autrement, 1999, pp. 103-117.

CAPUS NADJA, *Rapport national pour la Suisse*, in M. Delmas-Marty/G. Giudicelli-Delage/E. Lambert-Abdelgawad (sous la dir. de), L'harmonisation des sanctions pénales en Europe, Paris, Société de législation comparée, Coll. Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, vol. 5, 2003, pp. 171-184.

CARDET CHRISTOPHE, *Le contrôle « extérieur » des établissements pénitentiaires en Europe ou l'esquisse d'un tryptique*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 4/2003, pp. 870-881.

CARDON CAROLE, *Relations conjugales en situation carcérale*, in Ethnologie française, XXXII, 1/2002, pp. 81-88.

CARIO ROBERT, *L'amélioration du climat social dans le monde pénitentiaire. Le statut de surveillant de prison en France*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/1992, pp. 123-140.

CARLIER CHRISTIAN, *Histoire du personnel des prisons françaises : du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, 1997.

- *Les surveillants au parloir*, Paris, Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, 1996.

CARTIER MARIE ELISABETH, *Le secret religieux*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2/2003, pp. 485-500.

CARTUYVELS YVES, *Réformer ou supprimer : le dilemme des prisons*, in O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence ; Bruxelles : Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 113-132.

CASADAMONT GUY, *Michel Foucault et le champ carcéral*, in Sociétés & Représentations, Michel Foucault : surveiller et punir : la prison vingt ans après, numéro dirigé par R. Lenoir avec le concours de M. Tsikounas et la coll. de J.-J. Yvorel, Les cahiers du CREDHESS, n° 3, novembre 1996, pp. 289-296.

- *Notes pour une sociologie du rapport surveillant(s)/détenu(s)*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/1991, pp. 58-66.
- *Sociologie carcérale : propositions pour un débat*, in Droit et Cultures, n° 11, 1986, pp. 135-136.
- *Les prisons demain : être surveillant différemment ?*, in Les cahiers de Vaucresson, n°^s 45/46, « La prison autrement ? », Paris, Association Actes, 1984, pp. 45-47.

CASADAMONT GUY/PONCELA PIERRETTE, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004.

CASILE-HUGUES GENEVIEVE, *La grève de la faim en milieu carcéral (à-travers le cas de la Maison d'arrêt des Baumettes de 1975 à 1983)*, Aix-Marseille, Institut de Sciences Pénales et de Criminologie, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

CASORLA FRANÇIS, *Le système mixte français de prisons à gestion déléguée*, in P.-H. Bolle/D. Yarsuvat (sous la dir. de), Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire, Actes des Journées de Galatasaray, Istanbul/Turquie, 4-7 septembre 2002, Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Université de Galatasaray, 2004, pp. 87-94.

- *Du consensualisme en prison en droit pénitentiaire français*, in Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 175-181.
- *Le programme 13'000, système mixte de prisons à gestion déléguée*, in Quelques questions-clés de la politique pénitentiaire actuelle, Actes du VIII^e Colloque international de la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire, Fuchu-Tokyo/Japon, 16-20 janvier 1998, pp. 329-343.

CASTAN NICOLE, *Le régime des prisons au XVIIIème siècle*, in J.-G. Petit (sous la dir. de), La prison, le bagne et l'histoire, Genève, Librairie des Méridiens/Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et Société, 1984, pp. 31-42.

CASTEL ROBERT, *L'insécurité sociale : qu'est-ce qu'être protégé ?*, Paris, Seuil, Coll. La république des idées, 2003.

- *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, Coll. L'espace du politique, 1995.

CERE JEAN-PAUL, *La consécration de la juridictionnalisation du droit de l'application des peines par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/2004, pp. 433-445.

- *Les droits des détenus sous la cinquième République : de réels progrès ?*, in Revue française d'administration publique 99(2001), pp. 417-426.
- *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1999.
- *Réflexions sur l'isolement disciplinaire en milieu carcéral au regard des droits de l'Homme*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/1994, pp. 109-123.

CHANET LAURENCE, *Prisons : du droit à la sensualité et à la tendresse…à la mixité*, in Les cahiers de Vaucresson, n° 45/46, « La prison autrement ? », Paris, Association Actes, 1984, pp. 50-55.

CHANTRAINE GILLES, *Les temps des prisons. Inertie, réformes et reproduction d'un dispositif institutionnel*, in P. Artières/P. Lascoumes (sous la dir. de), Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 57-82.
(cité : CHANTRAINE 2004*a*)
- *Par-delà les murs. Expériences et trajectoires en maison d'arrêt*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Partage du savoir, 2004.
(cité : CHANTRAINE 2004*b*)
- *Prison, risque, contrôle. Mutations de l'emprise carcérale*, in EcoRev, Revue critique d'écologie politique, n° 15, hiver 2004, http://ecorev.org/article.php3?id_article=217 (dernière consultation : 31.12.2005).
(cité : CHANTRAINE 2004*c*)
- *Ordre, pouvoir et domination en détention. Les relations surveillants-détenus dans une maison d'arrêt en France*, in Criminologie, vol. 37, 2/2004, pp. 197-223.
(cité : CHANTRAINE 2004*d*)
- *Prison, désaffiliation, stigmates. L'engrenage carcéral de l'« inutile au monde » contemporain*, in Déviance et Société, vol. 27, 4/2003, pp. 363-387.

CHAPPUIS FERNAND, *Le bouclier du secret des affaires au sens de l'article 697 CO*, in P. Zen-Ruffinen (Ed.), Les secrets et le droit, Enseignement de 3e cycle romand de droit, Zurich, Schulthess, 2004, pp. 299-321.

CHAUDET FRANÇOIS/HEINZER BORIS, *De l'opposabilité aux héritiers du secret professionnel du défunt*, in Revue de droit suisse 116(1997), pp. 451-475.

CHAUVENET ANTOINETTE, *Les surveillants entre droit et sécurité : une contradiction de plus en plus aiguë*, in C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), La prison en changement, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 127-158.
- *Guerre et paix en prison*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 91-109.
- *L'échange et la prison*, in C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (Eds), Approches de la prison, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 45-70.

CHAUVENET ANTOINETTE/ORLIC FRANÇOISE/BENGUIGUI GEORGES, *Le monde des surveillants de prison*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.
- *Les surveillants de prison : le prix de la sécurité*, in Revue française de sociologie, XXXIV, n° 3, 1993, pp. 345-366.

CHAVANNE ALBERT, *Rapport final de synthèse*, in Le secret et le droit (Journées libanaises), Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXV, Paris, Dalloz, 1976, pp. 805-820.

CHERPILLOD IVAN, *Information et protection des intérêts personnels : les publications des médias*, in Revue de droit suisse 118(1999), pp. 87-197.

CHEVRY PASCALE/PLANCHE CECILE (avec la coll. de), *Quelques réflexions de terrain sur la place de l'acteur de santé en milieu carcéral*, in Revue française des affaires sociales, « La santé en prison : un enjeu de santé publique », 1/1997, pp. 111-116.

CHRISTIE NILS, *L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident*, Paris, Autrement, 2003.

CIRLINI-VOYAME DOMINIQUE, *Exercice de la psychothérapie en milieu carcéral*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 2/1993, pp. 170-176.

CLEMENT THIERRY/HÄNNI CHRISTIAN/SPRUMONT DOMINIQUE (sous la dir. de), *La protection des droits des patients dans les législations cantonales*, in La relation patient-médecin : état des lieux, Rapport IDS n° 1, 2003, pp. 50-134.

CLEMMER DONALD, *The Prison Community*, New York, Holt, Rinehart & Winston, 1940.

CLERC FRANÇOIS, *La détention préventive en Suisse*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/1975, pp. 61-77.
- *A propos des aumôniers de prisons*, in Festschrift für Eugen Isele, Freiburg, Universitätsverlag Freiburg, 1973, pp. 35-59.
- *Le système pénitentiaire en Suisse*, tiré à part, 1965.
(cité : CLERC 1965*a*)
- *Le code pénal doit-il contenir des dispositions relatives à l'exécution des peines et mesures privatives de liberté ?*, in Informations pénitentiaires suisses, n° 52, 1965, pp. 3-11.
(cité : CLERC 1965*b*)

- *Le patronage en droit pénal suisse*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/1947, pp. 31-40.
- *Cours élémentaire, sur le Code pénal suisse : Partie spéciale, Tome II (Art. 187-332)*, Librairie de droit F. Roth & C^{ie}, Lausanne, 1945.
- *Le secret professionnel*, Fiches juridiques suisses, n° 33, 1941.

CLIGMAN OLIVIA/GRATIOT LAURENCE/HANOTEAU JEAN-CHRISTOPHE, *Le droit en prison*, Paris, Dalloz, 2001.

COLIN PATRICK/KLINGER MYRIAM, *Vécu carcéral et situation d'illettrisme*, in Déviance et Société, vol. 28, 1/2004, pp. 33-55.

COLOMB ETIENNE, *Invalidité : de l'expert et du médecin traitant*, in Plaidoyer 2/2004, pp. 56-60.

COMBALBERT NICOLAS/FAVARD ANNE-MARIE/BOUCHARD MARC-ANDRE, *Etude des liens entre comportements auto- et hétéro-agressifs et de leurs facteurs de risque chez les détenus*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 1/2002, pp. 37-50.

COMBESSIE PHILIPPE, *Sociologie de la prison*, 2^{e} éd., Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2004.
- *France*, in D. van Zyl Smit/F. Dünkel (Eds), Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions, 2^{e} éd., La Haye, Londres [etc.], Kluwer Law International, 2001, pp. 253-287.
- *Ouverture des prisons, jusqu'à quel point ?*, in C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), La prison en changement, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 69-99.
- *Le pouvoir en prison : comme dans toute entreprise ?*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 111-121.
- *Prisons des villes et des campagnes : étude d'écologie sociale*, Paris, Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, 1996.

(cité : COMBESSIE 1996*a*)
- *Écosystème social et distribution des pouvoirs en prison*, in C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (Eds), Approches de la prison, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 71-99.

(cité : COMBESSIE 1996*b*)
- *L'ouverture des prisons et l'écosystème social environnant*, in Revue Droit et Société, n° 28, 1994, pp. 629-636.

COMITE EUROPEEN DE LA SANTE, *L'organisation des services de soins de santé dans les établissements pénitentiaires des Etats membres*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1998.

COMITE EUROPEEN POUR LES PROBLEMES CRIMINELS, *Les régimes des institutions pénitentiaires*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1986.

COMMISSION D'ENQUETE SUR LA SITUATION DANS LES PRISONS FRANÇAISES/MERMAZ LOUIS (Président)/FLOCH JACQUES (Rapporteur), *La France face à ses prisons*, Tome I et II (auditions), Paris, France, Assemblée Nationale, n° 2521, 2000.

COMMISSION D'ENQUETE SUR LES CONDITIONS DE DETENTION DANS LES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES EN FRANCE/HYEST JEAN-JACQUES (Président)/CABANEL GUY-PIERRE (Rapporteur), *Prisons : une humiliation pour la République*, Tome I et II (annexes), Paris, France, Les rapports du Sénat, n° 449, 1999-2000.

COMTESSE FRÉDÉRIC, *Begriff und Schutz des Geheimnisses im schweizerischen Strafgesetzbuch*, in Revue pénale suisse 56(1942), pp. 257-269.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Prisons, drogues et société*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2002.
- *Manuel concernant les applications des technologies de l'information dans l'administration pénitentiaire*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1998. *OK [L/38]*

CONSTANT JEAN, *La protection du secret médical en droit pénal comparé*, in Revue de droit pénal et de criminologie 39(1958-1959), pp. 3-20.

CORBOZ BERNARD, *Les infractions en droit suisse, Vol. II*, 2^{e} éd., Berne, Stämpfli, 2002.
- *Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP*, in Semaine judiciaire, n° 5, (115)1993, pp. 77-108.

CORMIER BRUNO M., *The watcher and the watched*, Montréal, Tundra Books, 1975.

CORNET J.-PH./MORMONT CH./MICHEL A., *Quelques données sur les différentes prises en charge des délinquants sexuels dans les pays de l'Union européenne*, in Annales médico-psychologiques 159(2001), pp. 639-644.

CORTHAY CLAUDIANE/KUHN ANDRE, *Offre de formation en prison : la misère*, in Plaidoyer 3/2004, pp. 54-58.

COTE GILLES, *Les instruments d'évaluation du risque de comportements violents : mise en perspective critique*, in Criminologie, vol. 34, 1/2001, pp. 31-45.

COTTIER BERTIL, *Les leçons des expériences étrangères*, in T. Tanquerel/F. Bellanger (Eds), L'administration transparente. Actes de la IV[e] Journée de droit administratif organisée à Genève le 7 mars 2001, Genève [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, série droit administratif, 2002, pp. 91-112.

COUËTOUX MICHEL, *La justice et les fonctions sociales du secret*, in M. Couëtoux /R. Di Ruzza/J. Dumoulin/J.-J. Gleizal, Figures du secret, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1981, pp. 17-58.

COULON BRUNO, *La fouille de la cellule*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 4/2001, pp. 837-842.

COUVRAT PIERRE, *L'externalisation des missions de l'administration pénitentiaire : l'impact du développement de la gestion déléguée*, in Revue française d'administration publique 99(2001), pp. 455-460.

- *Les libertés des détenus*, in Territoire et Libertés, Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 265-273.
- *Les règles pénitentiaires du Conseil de l'Europe*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/1988, pp. 132-135.

CRESSEY DONALD, *Prison Organizations*, in J. G. March (Ed.), Handbook of Organizations, Chicago, Rand, Mc Nally and C°, 1965, pp. 1023-1070.

CUSSON MAURICE, *La criminologie*, 4[e] éd., Paris, Hachette, Coll. Les Fondamentaux, 2005.

- *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, 1987 .

❖

DAGA LUIGI, *La détention en exécution de la sanction, sous l'angle notamment de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme*, in P.-H. Bolle (sous la dir. de), Droits fondamentaux et détention pénale, Actes du septième Colloque international de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Neuchâtel/Suisse, 3-7 octobre 1992, pp. 162-184.

- *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté. Hypothèses de travail pour un nouveau protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur la protection des droits des détenus*, 7[e] Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990.
- *Le contrôle indépendant et extérieur à l'Administration pénitentiaire sur le plan national et international des conditions de détention*, in Cahiers de défense sociale, Bulletin de la Société internationale de défense sociale, 1989, pp. 45-63.
- *Rapport sur les possibilités pour faire progresser les systèmes, l'organisation et la technologie des administrations pénitentiaires, en particulier en ce qui concerne l'automation et l'informatique*, tiré à part de la 7[ème] Conférence des directeurs d'administration pénitentiaire, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1986.

DAMIEN ANDRE, *Le secret nécessaire*, Paris, Desclée de Brouwer, 1989.

DARBEDA PIERRE, *Le programme 4000 : des prisons sûres et humaines*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2/2003, pp. 396-404.

- *Le maintien des relations familiales des détenus en Europe*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 3/1998, pp. 590-598.
- *Les directives européennes et internationales sur la lutte contre le VIH/SIDA en milieu pénitentiaire*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/1995, pp. 132-140.
- *Les prisons face au SIDA : vers des normes européennes*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 4/1990, pp. 821-828.
- *« Prison et psychiatrie ». Convergences franco-québécoises*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2/1989, pp. 362-367.

DARDEL FLORENCE/DI LUCA LARA, *Le secret professionnel confronté à des conduites limites : le cas de la maltraitance envers les enfants*, in R. Lob-Izraelski (sous la dir. de), Le secret professionnel, Actualités psychologiques, Institut de Psychologie, Université de Lausanne, 2001, pp. 48-60.

DAVID MICHEL, *Psychiatrie en milieu pénitentiaire*, Paris, Presses universitaires de France, 1993.

DAVIDOVIC JELENA, *Hyperadaptation à la prison : une contribution à l'étude des frustrations affectives précoces*, Thèse de médecine, Genève, 1976.

DE BECO REGINALD, *Le droit disciplinaire et les détenus en Belgique*, in Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 22, Edition spéciale : le droit disciplinaire, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 1995, pp. 315-339.

DEBOVE FREDERIC, *Libertés physiques du détenu et droit européen : ou l'histoire d'une Convention passe-muraille*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 1/1997, pp. 49-61.

DEBUYST CHRISTIAN (sous la dir. de), *Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Genève, Médecine & Hygiène, 1981.

DÉCARPES PASCAL, *Topologie d'une prison médiatique*, in Champ pénal, vol. 1 (2004), http://champpenal.revues.org/document24.html (dernière consultation : 31.12.2005).

DE CONINCK GERARD, *Compétence professionnelle et sécurité : quelle politique pénitentiaire belge pour le personnel de surveillance et pour sa formation dans le contexte européen ?*, in Revue de droit pénal et de criminologie 83(2003), pp. 1142-1161.
(cité : DE CONINCK 2003*a*)
- *Espoirs et doutes des surveillants de prison en Europe*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 19-31.
(cité : DE CONINCK 2003*b*)
- *Etre surveillant de prison aujourd'hui ou demain : une même profession ?*, in A. Baechtold/A. Senn, Brennpunkt Strafvollzug / Regards sur la prison, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 2, 2002, pp. 173-191.
- *La formation des surveillants de prison : Mission impossible ?*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- *Les établissements pénitentiaires à gestion mixte : leçons de l'expérience française*, in Revue de droit pénal et de criminologie 77(1997), pp. 651-661.

DE CONINCK GERARD /LOODTS PATRICK, *Les risques professionnels des surveillants de prison : recherche exploratoire sur les risques d'être agressé par les détenus et le syndrome de stress post-traumatique*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 1/1999, pp. 81-98.

DE HALLER GENEVIEVE, *Le secret médical en matière d'assurance*, in Revue suisse d'assurances 48(1980), pp. 6-21.

DELAGE M./JUNOD A., *D'une éthique de la relation thérapeutique*, in Annales médico-psychologiques 161(2003), pp. 23-30.

DE LAMBERTERIE ISABELLE, *Protection de la vie privée et traitement des données relatives à la santé à l'heure européenne*, in Revue Médecine et Droit. Information éthique et juridique du praticien 20(1996), pp. 6-12.

DELAQUIS GASTON, *Das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen im Vollzug der Freiheitsentziehungen gegenüber Erwachsenen, gemäss Artikel 64bis der Bundesverfassung*, Berne, 1936.

DELMAS-MARTY MIREILLE/TEITGEN-COLLY CATHERINE, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992.

DELMAS SAINT-HILAIRE JEAN-PIERRE, *La prison, pourquoi faire ?*, in Problèmes actuels de science criminelle, Institut de sciences pénales et de criminologie, Presses universitaires d'Aix-Marseille, vol. VII, 1994, pp. 31-46.

DE MARTINI LUISELLA, *La médecine pénitentiaire du point de vue des services de probation*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 183-194.

DE MESTRAL PATRICE, *Adaptation, résistance… ? Fuir ou tenir tête*, in Travailler avec des délinquants - profession et vocation, Compte-rendu 1/92, Lucerne, Caritas, 1992, pp. 31-36.

DEMEULENAERE PIERRE, *Les difficultés de la caractérisation de la notion de vie privée d'un point de vue sociologique*, in P. Tabatoni (sous la dir. de), La protection de la vie privée dans la société d'information, Tome 3, 4, 5, Paris, Presses universitaires de France, Coll. des sciences morales et politiques, 2002, pp. 199-206.

DEMICHEL SOPHIE, *Le secret professionnel ou le paradoxe du sujet médical*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 2, 4/2002, pp. 507-512.

DEMONCHY CHRISTIAN, *L'architecture des prisons modèles françaises*, in P. Artières/P. Lascoumes (sous la dir. de), Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 269-293.
- *L'institution mal dans ses murs*, in C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), La prison en changement, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 159-184.
- *Architecture et évolution du système pénitentiaire*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 79-89.

DE MONTMOLLIN MARIE-JEANNE, *Sociothérapie de détenus présentant des désordres de la personnalité*, in Patients psychiques en prison, Actes des journées d'études du GRAAP des 3 et 4 juin 1999, Lausanne, mai 2000, pp. 16-18.
- *La prise en charge des délinquants mentalement anormaux dans le cadre du Concordat sur l'exécution des peines et mesures conclu entre les cantons romands (Suisse)*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 3/1989, pp. 308-329.

- *Un traitement des désordres de la personnalité ? L'atelier de sociothérapie du service médical à la prison préventive de Champ-Dollon (Genève) : survol de cinq années*, in Revue médicale de la Suisse romande, Tome 105, 1985, pp. 65-71.

DE ROUGEMONT FRANÇOIS, *Le contrôle préventif de la détention*, in Revue pénale suisse 121(2003), pp. 448-466.

- *La coexistence des secrets : le secret médical et le secret de fonction*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 79-91.
- *Le droit de l'exécution des peines en Suisse romande : étude de droit fédéral, concordataire et cantonal*, Thèse, Lausanne, 1979.

DE SANTIS DANIELA, *Frauen im Gefängnis: spezifische Gesundheitsprobleme*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 195-201.

DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, *Personnes physiques et tutelle*, 4e éd., Berne, Stämpfli, 2001.

DE SINNER PHILIPPE, *Les 25 ans du Centre suisse de formation pour le personnel pénitentiaire*, in A. Baechtold/A. Senn, Brennpunkt Strafvollzug / Regards sur la prison, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 2, 2002, pp. 417-427.

- *La formation du personnel travaillant en milieu pénitentiaire*, in Nuoffer H. (sous la dir. de), *Les Etablissements de Bellechasse / Die Anstalten von Bellechasse : 1898-1998*, Morat, Imprimerie R. Graf SA, 1998, pp. 249- 261.

DE SINNER PHILIPPE/QUELOZ NICOLAS/RIKLIN FRANZ/SENN ARIANE/BROSSARD RAPHAËL (Eds), *Der individuelle Vollzugsplan / Le plan individuel d'exécution des sanctions*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 7, 2005.

DETIENNE JEAN, *Les droits fondamentaux des détenus et le droit belge*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 3/2003, pp. 525-548.

DE TOCQUEVILLE ALEXIS, *Ecrits sur le système pénitentiaire en France et à l'étranger*, Œuvres complètes, Tome IV, vol. 1 et vol. 2, Paris, Gallimard, 1984.

DEVAUD CORINNE/GRAVIER BRUNO, *La prescription de méthadone dans les prisons : entre réalités et contraintes*, in Médecine & Hygiène 57(1999), pp. 2045-2051.

DE VEVEY P./SCHEKTER M. *Milieu carcéral et toxicomanie*, in Courrier du médecin vaudois/Revue de la société vaudoise de médecine n° 1, 1999, p. 6.

DE WAELE J.P./DEPREEUW W., *Formation du personnel pénitentiaire. De la surveillance à la guidance*, Livres I, II, et III, Bruxelles, Ministère de la Justice, 1985.

DEYRON PIERRE, *Le temps des prisons. Essai sur l'histoire de la délinquance et les origines du système pénitentiaire*, Villeneuve-d'Ascq : Université de Lille III ; Paris : éd. universitaires, 1975.

DEYRA MICHEL, *La condition juridique du médecin des armées*, in Annales de la Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, Fascicule 19, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, pp. 107-138.

DIGNEFFE FRANÇOISE, *Conclusions*, in Les soins obligés ou l'utopie de la triple entente, Actes du XXXIIIe Congrès français de criminologie, Association française de criminologie, Société belge de criminologie, Université Lille II, Paris, Dalloz, 2002, pp. 243-247.

DITTMANN VOLKER, *Was kann die Kriminalprognose heute leisten ?*, in S. Bauhofer/P.-H. Bolle/V. Dittmann (Eds), « Gemeingefährliche » Straftäter / Délinquants « dangereux », Zurich, Rüegger, 2000, pp. 67-95.

- *Beurteilung und Behandlung sogenannter gemeingefährlicher Straftäter aus forensisch-psychiatrischer Sicht*, in K-L. Kunz/R. Moser (Eds), Innere Sicherheit und Lebensängste, Berne [etc.], Haupt, Coll. Berner Universitätsschriften, 1997, pp. 123-140.

(cité : DITTMANN 1997*a*)

- *Die Zusammenarbeit zwischen Arzt und Vormund gegenüber dem Arzt- und Vormundschaftsgeheimnis*, in Revue du droit de tutelle 3/1997, pp. 81-87.

(cité : DITTMANN 1997b)

- *Possibilités et limites du traitement des délinquants violents dans le système suisse d'exécution des peines et des mesures*, in Economie dans le domaine pénal. Les moyens sont-ils utilisés efficacement dans la procédure pénale et dans l'exécution des peines ?, Lucerne, Caritas, 1996, pp. 53-63.

DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, *Strafrecht IV: Delikte gegen die Allgemeinheit*, 3e éd., Zurich, Schulthess, 2004.

DONATSCH ANDREAS/FLACHSMANN STEFAN/HUG MARKUS/WEDER ULRICH, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar*, Zurich, Orell Füssli, 2004.

DOURAKI THOMAÏS, *Dimensions éthiques et juridiques du secret médical en droit européen des droits de l'homme*, in Cahiers psychiatriques, n° 27, 1999, pp. 15-34.
DOZOIS JEAN/LALONDE MICHELE/POUPART JEAN, *La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours*, in Déviance et Société, vol. 5, 4/1981, pp. 383-401.
DRUEY JEAN NICOLAS, *Privat-/Geheimsphäre - was liegt drin ?*, in Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburstag, Zurich, Schulthess, 1983, pp. 3-15.
DUBAR CLAUDE, *La socialisation : construction des identités sociales et professionnelles*, 3e éd., Paris, A. Colin, Coll. U., 2004.
DUBOUIS LOUIS, *Feu le secret médical ?*, in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, pp. 201-214.
DUCOR PHILIPPE, *L'accès du patient au dossier médical*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe /M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 83-88.
DUFLON JEAN-PHILIPPE, *Barreaux et contrats de soins : entre deux modèles sociétaux*, in Psychiatrie et violence, vol. 4, 3/2004. Disponible en format pdf sous : http://www.psychiatrieviolence.ca/articles/Duflon.pdf (dernière consultation : 31.12.2005).
- *Patients psychiques en prison*, in Patients psychiques en prison, Actes des journées d'études du GRAAP des 3 et 4 juin 1999, Lausanne, mai 2000, pp. 23-26.
DUFOUR AMANDINE, *La part du secret médical dans la recherche de la vérité en droit pénal. Divergence et conciliation d'intérêts*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 2, 4/2002, pp. 471-490.
DU MESNIL DU BUISSON GODEFROY, *Entre le juge et le thérapeute, quelle place pour le condamné transgresseur sexuel ? Pour une réponse interdisciplinaire aux violences sexuelles lors de l'application de la peine*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 3/1996, pp. 635-642.
- *Réflexion sur les rôles du juge et du médecin dans l'intelligibilité de la peine et son évolution. Le mariage de Thémis et d'Hippocrate à l'épreuve de la durée*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 4/1995, pp. 839-850.
DUMONT HELENE, *Pénologie : le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Thémis, 1993.
DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, *Le secret professionnel des soignants*, in Revue suisse de droit de la santé 2/2004, pp. 21-35.
- *La confidentialité et la maltraitance*, in Plaidoyer 3/1999, pp. 50-54.
DUMOULIN JEROME, *La transparence et les blouses blanches*, in Connexions, n° 60 « Le secret », 2/1992, pp. 109-122.
- *Le secret professionnel et les embarras de la médecine*, in M. Couëtoux /R. Di Ruzza/J. Dumoulin/J.-J. Gleizal, Figures du secret, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1981, pp. 129-179.
(cité : DUMOULIN 1981*a*)
- *Le secret professionnel des travailleurs sociaux : technique de la charité ou éthique de la répression ?* in M. Couëtoux /R. Di Ruzza/J. Dumoulin/J.-J. Gleizal, Figures du secret, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1981, pp. 181-205.
(cité : DUMOULIN 1981*b*)
DÜNKEL FRIEDER, *La position en droit des détenus et les possibilités de contrôle légal dans le système pénitentiaire en Allemagne*, in J.-P. Céré (sous la dir. de), Panorama européen de la prison, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002, pp. 215-251.
DÜNKEL FRIEDER/SNACKEN SONJA, *Prisons in Europe*, in Crime and Criminal Justice in Europe, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000, pp. 135-180.
DÜNKEL FRIEDER/VAN ZYL SMIT DIRK, *Conclusion*, in D. van Zyl Smit/F. Dünkel (Eds), Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions, 2e éd., La Haye [etc.], Kluwer Law International, 2001, pp. 796-859.
DUPONT-BOUCHAT MARIE-SYLVIE, *Ducpétiaux ou le rêve cellulaire*, in Déviance et Société, vol. 12, 1/1988, pp. 1-27.
DUPRAT CATHERINE, *Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes*, in M. Perrot (sous la dir. de), L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIXè siècle, Paris, Seuil, 1980, pp. 64-122.
DURAND E./BILLAUD P./OBRECHT O., *L'accès aux soins en milieu carcéral. Un hiatus entre les textes et la pratique*, in Revue Médecine et Droit. Information éthique et juridique du praticien 35(1999), pp. 22-25.
DURUZ NICOLAS, *Le secret dans la consultation psychologique: de l'intimité à l'expérience partagée*, in R. Lob-Izraelski (sous la dir. de), Le secret professionnel, Actualités psychologiques, Institut de Psychologie, Université de Lausanne, 2001, pp. 21-33.

❖

EGGEN PETER, *Probleme des Strafvollzugs an Frauen*, in J. Schuh (Ed.), Aktuelle Probleme des Straf- und Massnahmenvollzugs, Grüsch, Rüegger, 1987, pp. 181-196.

EGGERS JÉRÔME, *Déontologie en soin infirmer (5). Une déontologie explicite*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 2, 3/2002, pp. 329-378.
(cité : EGGERS 2002*a*)

- *Déontologie en soin infirmer (4). Une déontologie explicite*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 2, 2/2002, pp. 203-214.
(cité : EGGERS 2002*b*)
- *Déontologie en soin infirmer (3). Une déontologie implicite ?*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 2, 1/2002, pp. 51-64.
(cité : EGGERS 2002*c*)
- *Déontologie en soin infirmer (2). Une déontologie implicite ?*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 1, 2/2001, pp. 216-224.
(cité : EGGERS 2001*a*)
- *Déontologie en soin infirmer (1). Une déontologie implicite ?*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 1, 1/2001, pp. 70-85.
(cité : EGGERS 2001*b*)

EGLI H., *Le secret médical*, in Bulletin des médecins suisses, n° 9, 40(1959), pp. 101-105.

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Eds), *Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar*, Lachen : Dike ; Zurich : Schulthess, 2002.

EICHENBERGER THOMAS, *Die Rechtsstellung des Arztes am öffentlichen Spital unter besonderer Berücksichtigung der spezifischen Probleme des Dienst- und Haftungsrechts*, Thèse, Berne, 1995.

ELCHARDUS JEAN-MARC, *Problèmes des interventions thérapeutiques auprès des catégories spécifiques de délinquants (par exemple dans le domaine de la délinquance sexuelle, de la violence au sein de la famille et de la toxicomanie)*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 4/1994, pp. 391-418.

ELSENER ALDO, *Das Vormundschaftsgeheimnis. Die Schweigepflicht der vormundschaftlichen Organe und Hilfsorgane*, Thèse, Zurich, 1993.

EL SHAW T., *Liberté de « secret »*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2/1950, pp. 171-176.

ENDERLIN CAVIGELLI REGULA, *Schweizer Frauenstrafvollzug. Wird mit der Freiheit auch der Wille, Verantwortung zu tragen, entzogen? Eine empirische Untersuchung in der Frauenstrafanstalt Hindelban*k, Berne, Haupt, Coll. Schweizerische kriminologische Untersuchungen, Bd. 4, 1992.

ENGEL PIERRE, *Aspects généraux du droit médical*, in Aspects du droit médical, Actes du Séminaire organisé par la CUSO, Fribourg, éd. universitaires de Fribourg, 1987, pp. 1-11.

ESNAULT PHILIPPE, *Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique. Regard d'un patient sur l'information médicale*, in Les cahiers médico-sociaux 39(1995), Genève, pp. 365-372.

ERICSON RICHARD V./HAGGERTY KEVIN D., *Policing the Risk Society*, Toronto, University of Toronto Press, 1997.

ESPINAS JEAN-DENIS, *Révolution pénitentiaire: les chemins de l'architecture*, in Déviance et Société, vol. 13, 4/1989, pp. 367-377.

ETZIONI AMITAI, *A Comparative Analysis of complex Organizations: on Power, Involvement, and their Correlates*, 2e éd. revue et largement complétée, New York : The Free Press ; Londres : Collier Macmillan Publishers, 1975.

- *Organizational Control Structure*, in J. G. March (Ed.), Handbook of Organizations, Chicago, Rand, Mc Nally and C°, 1965, pp. 650-677.

ÉVIN CLAUDE, *La portée de la définition O.M.S. de la santé*, in Revue générale de droit médical 1/1999, pp. 117-127.

❖

FAGET JACQUES, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Ramonville Saint-Agne, Éres, Coll. Trajets, 2002.

FAIVRE VALERIE, *Se taire ou divulguer des informations ?*, in F. Riklin (Ed.), Schweigen oder Offenbaren? Rechte und Pflichten der Mitarbeitenden im Strafverfahren und im Vollzug / Se taire ou divulguer des informations? Droits et devoirs des personnes travaillant dans le domaine de la justice pénale et de l'exécution des sanctions, Lucerne, Caritas, 2005, pp. 19-24.

FALLBERG LARS, *Consequences of the Amsterdam Declaration - A Rights Revolution in Europe ?*, in Europen Journal of Health Law 10(2003), pp. 5-10.

FANKHAUSER MARGRITH, *Condamnation pour violation du secret professionnel au sens de l'article 321 du Code pénal. Conséquences pour le recouvrement d'honoraires médicaux, mesures préventives*, in Bulletin des médecins suisses, n° 34, 85(2004), pp. 1771-1773.

FAROUZ A., *Aspects juridiques du secret médical*, in Annales de droit international médical, n° 24, 1973, pp. 85-101.

FATOME M./VERNEREY M./LALANDE/FROMENT/VALDES-BOULOUQUE, *L'organisation des soins aux détenus : rapport d'évaluation*, Paris, France, Inspection générale des affaires sociales ; Inspection générale des services judiciaires, 2001.

FATTAH EZZAT A., *Etude comparative de trois modèles différents de libération conditionnelle discrétionnaire*, in Archives de politique criminelle, n° 8, 1995, pp. 55-72.

FAUGERON CLAUDE, *Prisons : la fin des utopies ?*, in O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence ; Bruxelles : Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 289-297.

- *Réformer la prison ?*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 7-18.
- *Introduction : une théorie de la prison est-elle possible ?*, in C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (Eds), Approches de la prison, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 15-41.

(cité : FAUGERON 1996*a*)

- *Peut-on réduire l'emprise de l'enfermement ? Quelques questions sur la légitimité de la prison*, in F. Tulkens/H.-D Bosly (sous la dir. de), La justice pénale en Europe, Travaux des XV[e] journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Département de criminologie et de droit pénal de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 103-116.

(cité : FAUGERON 1996*b*)

- (dossier constitué par) *Prisons et politiques pénitentiaires*, Paris, La Documentation française, Série problèmes politiques et sociaux, n[os] 755-756, septembre-octobre 1995.

FAUGERON CLAUDE/LE BOULAIRE JEAN-MICHEL, *Prison, peines de prison et ordre public*, in Revue française de sociologie, XXXIII, n° 1, 1992, pp. 3-32.

FAVARD JEAN, *Capacité de re-socialisation : nouvelles fonctions, nouveaux enjeux*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/1995, pp. 188-190.

- *Les prisons*, Paris, Flammarion, Coll. Dominos, 1994.
- *Le détenu citoyen*, in Justice et psychiatrie, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'Ecole nationale de la magistrature, 1993, pp. 123-130.
- *Des prisons*, Paris, Gallimard, 1987.

FAVRE CHRISTIAN, *Les sanctions en cas de violation du secret professionnel*, in Il segreto professionale dell'avvocato e del notaio, Commissione ticinese per la formatione permanente dei giuristi, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Coll. latine, vol. 11, 2003, pp. 57-78.

FAVRE CHRISTIAN/STOUDMANN PATRICK, *Le secret professionnel de l'avocat et ses limites*, in F. Chaudet/O. Rodondi, L'avocat moderne : regards sur une profession dans un monde qui change : mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son centenaire, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, 1998, pp. 301-312.

FAVRE CHRISTIAN/PELLET MARC/STOUDMANN PATRICK, *Code pénal annoté*, 2[e] éd., Lausanne, Bis et Ter, 2004.

FEDERATION DES MEDECINS SUISSES, *Vademecum du médecin suisse*, 5[e] éd., Berne, Verbindung der Schweizer Ärzte, 1992.

FEELEY MALCOLM M./SIMON JONATHAN, *Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law*, in D. Nelken (Ed.), The Futures of Criminology, Londres [etc.], Sage, 1994, pp. 173-201.

- *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications*, in Criminology, vol. 30, 4/1992, pp. 449-474.

FELTZ FRANÇOIS, *Des soins sous contraintes*, in Revue française des affaires sociales, « La santé en prison : un enjeu de santé publique », 1/1997, pp. 85-93.

FERAZZI SILVIA/RONCONI SUSANNA, *Il virus in carcere tra allarme e negazione*, in Dei delitti e delle pene 3/1993, pp. 133-148.

FERRERO FRANÇOIS/BOVET JEAN, *Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique. Un point de vue psychiatrique*, in Les cahiers médico-sociaux 39(1995), Genève, pp. 387-389.

FILLI ALEXANDER, *Die Auskunftserteilung des Arztes an Behörden unter dem Aspekt des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB*, in Basler Juristische Mitteilungen 2/1987, pp. 57-80.

FILLIEULE RENAUD, *Sociologie de la délinquance*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. premier cycle, 2001.

FINK DANIEL, *Sanctions et exécution des peines au regard des statistiques officielles*, in V. Dittman/A. Kuhn/R. Maag/H. Wiprächtiger (Eds), Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung / Entre médiation et perpétuité. Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité, Zurich, Rüegger, 2002, pp. 57-86.

FINK DANIEL/KUNZ KARL-LUDWIG/ROTH ROBERT, *Recherches sur le crime et la justice en Suisse: quelques thèmes dominants*, in L. Van Outrive/P. Robert (Eds), Crime et Justice en Europe depuis 1990. Etat des recherches, évaluation et recommandations, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques sociales, 1999, pp. 309-334.

FIOR MICHEL, *L'espace emprisonné*, in Bulletin de la Société Neuchâteloise de Géographie, n° 37, 1993, pp. 43-54.

FIORIO CARLO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Milan, CEDAM, Coll. Questioni nuove di procedura penale, n° 13, 2002.

FITZGERALD EDWARD, *La jurisprudence découlant de la Convention européenne des droits de l'homme*, in Les droits de l'homme dans les prisons : la formation professionnelle du personnel pénitentiaire, Actes du séminaire de Strasbourg, 7-9 juillet 1993, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995, pp. 5-15.

FLAHAULT-RUSCONI ELENA, *Secret médical et sida*, in D. Bertrand/T. W. Harding/M. Mandofia Berney/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 1998, pp. 105-113.

FLORIOT RENE/COMBALDIEU RAOUL, *Le secret professionnel*, Paris, Flammarion, 1973.

FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Le projet de loi fédérale sur la transparence : transparence de l'administration ou des citoyens ?*, in T. Tanquerel/F. Bellanger (Eds), L'administration transparente. Actes de la IV^{e} Journée de droit administratif organisée à Genève le 7 mars 2001, Genève [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, série droit administratif, 2002, pp. 131-160.

FLUECKIGER CHRISTIAN, *Le secret médical auquel est tenu le médecin d'une équipe sportive professionnelle : le cas des groupes sportifs d'épreuves cyclistes sur route*, in P. Zen-Ruffinen (Ed.), Les secrets et le droit, Enseignement de 3^{e} cycle romand de droit, Zurich, Schulthess, 2004, pp. 61-87.

FOUCAULT MICHEL, *Dits et écrits*, vol. I, 1954-1969, éd. établie sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald avec la coll. de Jacques Lagrange, Paris, Gallimard, Coll. Bilbiothèque des sciences humaines, 1994.
(cité : FOUCAULT 1994*a*)

- *Dits et écrits*, vol. II, 1970-1975, éd. établie sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald avec la coll. de Jacques Lagrange, Paris, Gallimard, Coll. Bilbiothèque des sciences humaines, 1994.
(cité : FOUCAULT 1994*b*)
- *Dits et écrits*, vol. III, 1976-1979, éd. établie sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald avec la coll. de Jacques Lagrange, Paris, Gallimard, Coll. Bilbiothèque des sciences humaines, 1994.
(cité : FOUCAULT 1994*c*)
- *Dits et écrits*, vol. IV, 1980-1988, éd. établie sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald avec la coll. de Jacques Lagrange, Paris, Gallimard, Coll. Bilbiothèque des sciences humaines, 1994.
(cité : FOUCAULT 1994*d*)
- *L'évolution de la notion d' « individu dangereux » dans la psychiatrie légale*, in Déviance et Société, vol. 5, 4/1981, pp. 403-422.
- *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 1975.

FRANÇOIS JEAN, *La dangerosité en milieu pénitentiaire. Opérateur social et réalité pulsionnelle*, in C. Debuyst (sous la dir. de), Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d'une pratique, Genève, Médecine & Hygiène, 1981, pp. 83-105.
- *Pour une clinique alternative en milieu carcéral*, in Déviance et Société, vol. 3, 2/1979, pp. 169-178.

FRAUENFELDER JÖRG, *Bewährungshilfe und Strafvollzug*, in A. Baechtold/A. Senn, Brennpunkt Strafvollzug / Regards sur la prison, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 2, 2002, pp. 77-90.

FREY ERWIN, *Le secret professionnel de l'expert psychiatrique*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 1/1987, pp. 27-33.

FRICKER CHRISTOPH, *Disziplinar- und besondere Sicherheitsmassnahmen. Normative und tatsächliche Ausgestaltung im straf- sowie Strafverfahrensrechtlichen Freiheitsentzug der Schweiz*, Thèse, Berne [etc.], Haupt, Coll. Schweizerische kriminologische Untersuchungen, Bd. 14, 2004.

FRISON-ROCHE MARIE-ANNE, *Secret et profession*, in M.-A. Frison-Roche (dirigé par), Secrets professionnels, Paris, Autrement, 1999, pp. 13-102.

FRIZE NICOLAS, *Le sens de la peine. Etat de l'idéologie carcérale*, Paris, Léo Scheer, 2004.

FROMENT JEAN-CHARLES, *Les paradoxes de l'action collective des surveillants depuis 1945*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 151-170.
- *La modernisation de l'Administration pénitentiaire en question(s)*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 1/1995, pp. 71-75.
(cité : FROMENT 1995*a*)

- *La question des acteurs de la modernisation du service public pénitentiaire ou les mutations du système de médiation des politiques publiques pénitentiaires et leurs conséquences*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 4/1995, pp. 225-242.
(cité : FROMENT 1995*b*)
- *Légitimation et régulation de l'administration pénitentiaire et du corps du personnel de surveillance*, in Revue Droit et Société, n° 28, 1994, pp. 637-647.

❖

GANOUX FLORENCE, *Prévention des mauvais traitements : Rapport sur les conditions de détention et le traitement des personnes privées de liberté en France*, in Institut des Droits de l'Homme/Association pour la Prévention de la Torture, De la prévention des traitements inhumains et dégradants en France, Les Cahiers de l'Institut des droits de l'homme, n° 2, Lyon, Université catholique de Lyon, 1996, pp. 33-169.

GARAPON ANTOINE/SALAS DENIS, *Pour une nouvelle intelligence de la peine*, in M. Seyler, (sous la dir. de), La prison immobile, Paris, Desclée de Brouwer, 2001, pp. 155-179.

GARBADE JEAN-PIERRE, *Les divers types de détention*, in Plaidoyer 5/1990, pp. 57-64.

GARIOUD GEORGES/JONAS IRENE, *La parole aux oubliettes*, in Revue Droit et Société, n° 28, 1994, pp. 623-628.

GARLAND DAVID, *The Rise of Risk*, in R.V. Ericson/A. Doyle (Eds), Risk and Morality, Toronto, University of Toronto Press, 2003, pp. 48-86.
- *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001

GEISER THOMAS, *Amtsgeheimnis und Verantwortlichkeit (art. 448-455 VE)*, in Revue de droit suisse 122(2003), pp. 385-406.
- *Rôle et fonctionnement de la commission fédérale d'experts du secret professionnel en matière de recherche médicale*, in Ethique de la recherche en santé publique, Cahier n° 4 de l'Institut de droit de la santé, Neuchâtel, IDS, 1996, pp. 41-54.

GENTILINI MARC/TCHERIATCHOUKINE JEAN, *Infections à VIH, hépatites, toxicomanies dans les établissements pénitentiaires et état d'avancement de l'application de la loi du 18 janvier 1994 : rapport au Garde des Sceaux et au Secrétaire d'Etat à la santé*, Tomes I et II, Paris, France, Ministère de la justice; Secrétariat d'Etat à la santé et à la sécurité sociale, 1996.

GERMAIN CHARLES, *Eléments de science pénitentiaire*, Paris, Cujas, 1959.

GERMER PETER, *Le secret dans l'administration : quelques aperçus critiques*, in Secret et transparence : l'individu, l'entreprise et l'administration, Actes du 17e Colloque de droit européen, Saragosse, 21-23 octobre 1987, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Division des publications et des documents, 1988, pp. 61-77.

GILLIERON CHARLES, *Le problème de l'unfication des peines en Suisse*, Melun, Imprimerie administrative, 1954.

GISEL-BUGNION MONIQUE, *Punir sans prison. Quelques suggestions*, Genève, Labor et Fides, 1984.

GLASER DANIEL, *The effectiveness of a prison and parole system*, Indianapolis [etc.], Bobbs-Merrill, 1964.

GLEIZAL JEAN-JACQUES, *Le secret dans l'Etat*, in M. Couëtoux/R. Di Ruzza/J. Dumoulin/J.-J. Gleizal, Figures du secret, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1981, pp. 59-84.

GMÜR ROBERT, *Secret médical et encaissement de créances d'honoraires. Considérations concernant l'arrêt du tribunal de district de Zurich du 9 septembre 2003*, in Bulletin des médecins suisses, n° 34, 85(2004), pp. 1763-1767.

GOFFMAN ERWIN, *La mise en scène de la vie quotidienne*, Paris, Ed. de Minuit, 1973.
- *Stigmate. Les usages sociaux des handicaps*, Paris, Ed. de Minuit, 1975
- *Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux*, Paris, Ed. de Minuit, 1968.

GOLDBERG PAQUERETTE, *Santé et conditions de travail des personnels de l'administration pénitentiaire*, in Revue Droit et Société, n° 28, 1994, pp. 649-654.

GONIN DANIEL, *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, Paris, L'Archipel, 1991.
- *Questions sur la médecine pénitentiaire*, in Déviance et Société, vol. 3, 2/1979, pp. 161-168.

GONSA HELMUT, *Introduction aux Règles pénitentiaires européennes. Historique, évolution, principes et éléments fondamentaux*, in Bulletin d'information pénologique, nos 19 et 20, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1994/1995, pp. 25-35.
- *L'organisation du système pénitentiaire, le traitement des détenus et la préparation des détenus à la libération*, in Bulletin d'information pénitentiaire, n° 16, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1992, pp. 14-22.

GOUMAZ CLAUDE-FRANCIS, *Médecin traitant et secret médical*, in Colloques et journées d'étude 1999-2001 organisés par l'IRAL en coll. avec diverses institutions, Lausanne, Presses centrales Lausanne SA, 2002, pp. 471-479.

GRABER MICHEL ALEXANDRE, *La libération conditionnelle à l'épreuve du fédéralisme : Code pénal, jurisprudence fédérale et pratique dans les différents cantons romands*, in Bulletin de criminologie 1/1987, pp. 3-56.

GRAND CARMEN, *Protection des données dans le rapport de travail et dans les assurances*, in Colloques et journées d'étude 1999-2001 organisés par l'IRAL en coll. avec diverses institutions, Lausanne, Presses centrales Lausanne SA, 2002, pp. 43-58.

- *Le dossier médical sous l'angle de la protection des données*, in Le dossier médical, Cahier n° 1 de l'Institut de droit de la santé, Neuchâtel, IDS, 1995, pp. 15-37.

GRAVEN JEAN, *Le secret médical en cas d'interruption thérapeutique de grossesse*, in Revue suisse de jurisprudence 56(1960), pp. 301-305.

- *Le système pénitentiaire de la Suisse*, in L. Hugueney/H. Donnedieu de Vabres/M. Ancel (sous la dir. de), Les grands systèmes pénitentiaires actuels. Exposé systématique du régime appliqué dans les différents pays, Paris, Librairie du Recueil Sirey, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1950, pp. 327-403.
- *Les instructions générales du Code pénal suisse sur l'accomplissement des peines privatives de liberté*, in Berufsbildung der Angestellten in Straf- und Verwahrungsanstalten, Zurich, Buchdruckerei Lienberger AG, 1949, pp. 45-61.

GRAVEN PHILIPPE, *L'infraction pénale punissable*, 2e éd., Berne, Stämpfli, 1995.

- *Le secret médical*, in Revue Médecine & Hygiène 33(1975), pp. 1729-1740.

GRAVIER BRUNO, *Le psychiatre, le juge et la peine*, in Annales médico-psychologiques 162(2004), pp. 676-681.

- *La dangerosité, entre soigner et punir : à propos de l'évolution des législations concernant les délinquants sexuels*, in Cahiers Pollen, n° 11, 2003, pp. 68-83.
- *L'indépendance professionnelle du personnel de santé travaillant en milieu pénitentiaire*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 143-161.
- *La prise en charge psychothérapeutique de délinquants particulièrement dangereux au cours de l'exécution de leur sanction*, in S. Bauhofer/P.-H. Bolle/V. Dittmann (Eds), « Gemeingefährliche » Straftäter / Délinquants « dangereux », Zurich, Rüegger, 2000, pp. 273-286.

(cité : GRAVIER 2000*a*)

- *Regards critiques sur les traitements psychiatriques en prison*, in Patients psychiques en prison, Actes des journées d'études du GRAAP des 3 et 4 juin 1999, Lausanne, mai 2000, pp. 26-31.

(cité : GRAVIER 2000*b*)

- *Soins et milieu carcéral : une rencontre toujours difficile*, in Perspectives psychiatriques, vol. 38, 2/1999, pp. 100-107.

(cité : GRAVIER 1999*a*)

- *L'exercice de la psychiatrie en milieu pénitentiaire dans le canton de Vaud*, in Courrier du médecin vaudois/Revue de la société vaudoise de médecine, n° 1, 1999, pp. 2-3.

(cité : GRAVIER 1999*b*)

- *Décisions dans la zone limite entre peines et mesures. Le point de vue du psychiatre traitant*, tiré à part. Publié in : Riklin F. (Ed.), Therapeutische Hilfen im Strafvollzug - wie und wozu ? / Accompagnements thérapeutiques dans l'exécution des peines - comment et pourquoi ?, Lucerne, Caritas, 2000, pp. 8-13.

(cité : GRAVIER 1999*c*)

- *L'évolution des soins psychiatriques en milieu pénitentiaire : vers une clinique de la dignité*, in C. Louzoun/D. Salas (sous la dir. de), Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Etudes, Recherches, Actions en Santé Mentale en Europe, 1998, pp. 281-296.
- *Le traumatisme de l'incarcération*, in B. Doray/C. Louzoun (sous la dir. de), Les traumatismes dans le psychisme et la culture, Ramonville Saint-Agne, Erès, 1997, pp. 227-234.
- *Psychothérapies en prison : possibilités, limites, évaluation ?*, in B. Doray/J.-M. Rennes (sous la dir. de), Regards sur la folie : investigations croisées des sciences de l'homme et de la société, Paris, L'Harmattan, 1993, pp. 71-77.
- *Problèmes posés par la communication de la séropositivité à un toxicomane incarcéré*, in Nervure, Tome III, 2/1990, pp. 66-70.

GRAVIER BRUNO/CHEVRY PASCAL, *Du bon usage des psychotropes en milieu pénitentiaire*, in L'évolution psychiatrique, vol. 58, 1/1993, pp. 93-107.

GRAVIER BRUNO/LAMOTHE PIERRE, *La sexualité en prison, un comportement à risques ?*, in Nervure, Tome II, 7/1989, pp. 51-54.

GRAVIER BRUNO/LE GOFF VALERIE/DEVAUD CORINNE, *Gewalt im Gefängnis*, in M. Eisner/P. Manzoni (Eds), Gewalt in der Schweiz. Studien zu Entwicklung, Wahrnehmung und Staatlicher Reaktion, Zurich, Rüegger, 1998, pp. 265-284.

GRAVIER BRUNO/SPRUMONT DOMINIQUE, *Soins en prison : quelle formation, pour quels personnels ?*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 219-239.

GROMB SOPHIE, *Le secret médical et la manifestation de la vérité*, in Revue Médecine et Droit. Information éthique et juridique du praticien 41(2000), pp. 13-16.

GROSS JEAN-PIERRE, *Le secret professionnel de l'avocat*, in Il segreto professionale dell'avvocato e del notaio, Commissione ticinese per la formatione permanente dei giuristi, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Coll. latine, vol. 11, 2003, pp. 5-23.

GROSSEN JACQUES-MICHEL, *Rapport général*, in Le secret et le droit (Journées libanaises), Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXV, Paris, Dalloz, 1976, pp. 363-368.

GROSSMANN ANNA MARIA, *Die Verletzung des Amtsgeheimnisses auf Grund des Art. 320 des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Thèse, Berne, 1946.

GROUPE DE TRAVAIL «FORMATION (CONTINUE) DU PERSONNEL TRAVAILLANT EN MILIEU PENITENTIAIRE AVEC DES DELINQUANTS SOUFFRANT DE DESORDRES PSYCHIATRIQUES », Rapport à la Conférence des Directeurs cantonaux des affaires sanitaires (CDS) et à la Conférence des Chefs des Départements cantonaux de justice et police (CCDJP), du 22 janvier 1999.

GUILBERT PATRICK, *Le jeûne de protestation en médecine pénitentiaire: épidémiologie genevoise (prison préventive et quartier cellulaire hospitalier) et analyse de la prise en charge en Suisse et dans des pays européens*, Thèse de médecine, Genève, 2001.

GUILLOD JOËL FREDERIC, *Dossier patient informatisé : enjeux et implications de l'échange et du partage de données entre partenaires du système de santé*, Thèse de médecine, Lausanne, 1997.

GUILLOD OLIVIER, *Le droit médical : quelques (r)évolutions récentes*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 25-44.

- *Quelques neuchâteloiseries sur le secret médical*, in *SNM-News*, n° 29, mars 2001. Disponible en format pdf sous : http://www.snm.ch/prive/snmnews/29_mars2001/29_neuchateloiseries.pdf (dernière consultation : 31.12.2005).
- *Le secret médical aujourd'hui*, in Le secret. Ethique, transparence et confidentialité, Lausanne, Université de Lausanne, Cahiers Erié, 1996, pp. 49-67.
- *Liberté, véracité, confidentialité*, in Les cahiers médico-sociaux 39(1995), Genève, pp. 439-445.
- *Le secret médical face à l'assurance-invalidité : le cas de la séropositivité*, in Plaidoyer 2/1994, pp. 62-64.
- *Le consentement éclairé du patient : autodétermination ou paternalisme ?*, Thèse, Neuchâtel, 1986.

GUILLOD OLIVIER/GIAUQUE ALAIN, *Secret médical et rapports de travail*, in Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich, Schulthess, 1999, pp. 51-88.

GUILLOD OLIVIER/KÖNIG DAMIEN, *Secret professionnel et assurances*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe /M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 172-179.

GUILLOD OLIVIER/KUNZ KARL-LUDWIG/ZENGER CHRISTOPH ANDREAS, *Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit AIDS / Trois expertises sur des questions juridiques en relation avec le Sida*, Berne, Stämpfli, 1991.

GUILLONNEAU MAUD/KENSEY ANNIE, *Les agressions de détenus envers les surveillants*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 171-181.

GUINCHARD J.-M., *Guide relatif au traitement des données personnelles dans le domaine médical*, in Revue Médecine & Hygiène 55(1997), pp. 1990-1997.

GULPHE PIERRE, *Rapport sur le secret professionnel en droit français*, in Le secret et le droit (Journées libanaises), Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXV, Paris, Dalloz, 1976, pp. 105-123.

GUNN JOHN, *Le Centre de sociothérapie « La Pâquerette » à la prison de Champ-Dollon : Evaluation descriptive*, texte distribué aux participants au Colloque organisé en l'honneur de Marie-Jeanne de Montmollin, le 3 octobre 2000.

❖

HAAS HENRIETTE/RINDLISBACHER MARTIN, *Revue de la pratique de l'exécution de la peine pour les criminels sexuels et violents au cours de la dernière décennie*, in Crimiscope, n° 13, février 2000.

HAFNER KARL/ZÜRCHER EMIL, *Schweizerische Gefängniskunde*, Berne, Stämpfli, 1925.

HAHN ALOÏS, *Contribution à la sociologie de la confession et autres formes institutionnalisées d'aveu : autothématisation et processus de civilisation*, in Actes de la recherche en sciences sociales, n°s 62-63, 1986, pp. 54-68.

HALPERIN D. S./BERTRAND D., *Le praticien face à l'enfant maltraité*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe /M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 335-341.

HANHART WALTER, *Le dossier médical informatisé*, in Le dossier médical, Cahier n° 1 de l'Institut de droit de la santé, Neuchâtel, IDS, 1995, pp. 1-14.

HANNAH-MOFFAT KELLY *Criminogenic Needs and the Transformative Risk Subject: Hybridations of Risk/Need in Penality*, in Punishment and Society, vol. 7, 1/2005, pp. 29-51.

- *Moral Agent or Actuarial Subject: Risk and Canadian Women's Imprisonment*, in Theoretical Criminology, vol. 3, 1/1999, pp. 71-94.

HANNAH-MOFFAT KELLY/SHAW MARGARET, *Situation risquée: le risque et les services correctionnels au Canada*, in Criminologie, vol. 34, 1/2001, pp. 47-72.

HANSJAKOB THOMAS/SCHMITT HORST/SOLLBERGER JÜRG (Eds), *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, Lucerne, Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalistik, 2004.

HARBORDT STEFFEN, *Die Subkultur des Gefängnisses: eine soziologische Studie zur Resozialisierung*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1967.

HARDING TIMOTHY W., *L'influence du droit sur la relation entre médecins, malades et la société*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 14-22.

- *Expression juridique de la relation entre patient et soignant*, in M. Bolens (sous la dir. de), Quelle médecine pour quelle société ? Les conditions et finalités de l'acte médical, Genève, Eshel, 1998, pp.71-77.
- *Do prisons need special health policies and programmes ?*, in J. Nelles/A. Fuhrer (Eds), Harm Reduction in Prison / Risikominderung im Gefängnis, Berne, Peter Lang, 1997, pp. 161-179.

(cité : HARDING 1997*a*)

- *L'entretien sans témoin. L'expérience du Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants*, in B. Doray/C. Louzoun (sous la dir. de), Les traumatismes dans le psychisme et la culture, Ramonville Saint-Agne, Erès, 1997, pp. 145-151.

(cité : HARDING 1997*b*)

- *Pluralité de patients dans une prise en charge singulière: problèmes de secret professionnel et partage de l'information*, in Les cahiers médico-sociaux 39(1995), Genève, pp. 417-422.
- *L'évaluation du Centre de sociothérapie « La Pâquerette » à Genève*, in M. Killias (Ed.), Rückfall und Bewährung / Récidive et réhabilitation, Zurich, Rüegger, Coll. Criminologie, vol. 10, 1992, pp. 73-80.
- *Les maladies transmissibles en milieu carcéral avec référence spéciale au Sida*, in 8ème Conférence des Directeurs d'administration pénitentiaire (CDAP), Strasbourg, 2-5 juin 1987, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1988, pp. 13-32.
- *La santé en milieu carcéral*, in Bulletin d'information pénitentiaire, n° 10, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1987, pp. 10-12.
- *Le médecin face à la dangerosité*, in Revue médicale de la Suisse romande, Tome 105, 1985, pp. 23-31.
- *Du danger de la dangerosité et de l'usage médical de termes affectivement chargés*, in Déviance et Société, vol. 4, 4/1980, pp. 331- 348.

HARDING TIMOTHY W./BERTRAND DOMINIQUE, *Preventing Human Rights Violations in Places of Detention : an European Initiative*, in Health and Human Rights. An international Quaterly Journal, vol. 1, n° 3, 1995, pp. 234-242.

HARDING TIMOTHY W./SCHALLER GEORGETTE, *HIV/AIDS policy for prisons or for prisoners ?*, in J. Mann/D. J. M. Tarantola/T. W. Netter (Eds), Aids in the World, Cambridge, Harvard University Press, 1992, pp. 761-769.

HARDING TIMOTHY W./UMMEL MARINETTE, *Le certificat médical, ses pièges et ce qui le différencie d'une expertise*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe /M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 191-199.

HÄRRI MATTHIAS, *Zur Problematik des vorzeitigen Strafantritts*, Berne [etc.], Peter Lang, 1987.

HATAM SHIRIN, *Le concept de dangerosité dans le cadre de la privation de liberté à des fins d'assistance. Présentation du droit suisse*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 4, 3/2004, pp. 311-329.

HATTEM TINA, *Vivre avec ses peines. Les fondements et les enjeux du contrôle et la résistance saisis à travers l'expérience des femmes condamnées à l'emprisonnement à perpétuité*, in Déviance et Société, vol. 15, 2/1991, pp.137-156.

HAUSSER DOMINIQUE, *Prévention du VIH dans les prisons suisses: analyse secondaire sur la base de la littérature disponible*, Lausanne, Institut universitaire de médecine sociale et préventive, Coll. Raisons de santé, n° 40, 1999.

HEER MARIANNE, *Lange Strafen und längere Verwahrungen. Ein Überblick das geltende und das künftige Recht*, V. Dittman/A. Kuhn/R. Maag/H. Wiprächtiger (Eds), Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung / Entre médiation et perpétuité. Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité, Zurich, Rüegger, 2002, pp. 171-200.

HEER-HENSLER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS, *Ausgewählte Fragen bei der Entlassung aus dem Strafvollzug und dem Massnahmenvollzug*, in A. Baechtold/A. Senn, Brennpunkt Strafvollzug / Regards sur la prison, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 2, 2002, pp. 51-75.

HEIM WILLY, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, Lausanne, Librairie de droit F. Roth & Cie, 1944.

HEIMOZ MARIANNE, *Integration des weiblichen Personals im Freiheitsentzug (gegenüber den Eingewiesenen)*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 241-246.

- *Umgang mit Perspektivlosigkeit: die Sicht des Anstaltsleiterin*, in V. Dittman/A. Kuhn/R. Maag/H. Wiprächtiger (Eds), Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung / Entre médiation et perpétuité. Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité, Zurich, Rüegger, 2002, pp. 213-222.

HEMMELER RENE, *La clarté aux prisonniers : expériences d'un aumônier*, Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1965.

HERZOG-EVANS MARTINE, *Droit de l'application des peines*, Paris, Dalloz, Coll. Dalloz Référence, 2002.
(cité : HERZOG-EVANS 2002*a*)

- *La révolution pénitentiaire française*, in O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence ; Bruxelles : Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 17-41.
(cité : HERZOG-EVANS 2002*b*)
- *Aspects juridiques de la sexualité des détenus en France*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 2/2001, pp. 227-241.
- *L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2000.
(cité : HERZOG-EVANS 2000*a*)
- *Vers une prison normative ?*, in C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), La prison en changement, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 43-67.
(cité : HERZOG-EVANS 2000*b*)
- *Fouilles corporelles et dignité de l'homme*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 4/1998, pp. 735-749.
(cité : HERZOG-EVANS 1998*a*)
- *Les particularités du droit pénitentiaire*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 19-34.
(cité : HERZOG-EVANS 1998*b*)
- *La gestion du comportement du détenu. Essai de droit pénitentiaire*, Paris, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1998.
(cité : HERZOG-EVANS 1998*c*)
- *Le droit pénitentiaire: un droit faible au service du contrôle des détenus ?*, in C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (Eds), Approches de la prison, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 273-296.

HESS-HAEBERLI MAX, *Le travailleur social et le secret professionnel en Suisse*, in Revue du droit de tutelle 2/1976, pp. 49-57.

HEYER PIERRE, *La loi genevoise sur l'information du public et l'accès aux documents ou la longue marche des autorités politiques genevoises vers la transparence*, in T. Tanquerel/F. Bellanger (Eds), L'administration transparente. Actes de la IV^{e} Journée de droit administratif organisée à Genève le 7 mars 2001, Genève [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, série droit administratif, 2002, pp. 161-174.

HILDEBRANDT JAN, *Schweigepflicht im Behandlungsvollzug. Zur Neuregelung des § 182 Abs. 2 StVollzuG*, Francfort-sur-le-Main [etc.], Peter Lang, Coll. Europäische Hochschulschriften, 2004.

HIVERT P., *Les suicides en prison*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/1980, pp. 97-105.

- *Le suicidant, la prison et le médecin*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 1/1970, pp. 369-374.

HIVERT P./RIBON J.-F., *Grève de la faim en prison*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 4/1970, pp. 635-638.

HOCHMANN JACQUES, *Quelques aspects de la médecine pénitentiaire*, in Aktuelle Kriminologie, Hamburg, Kriminalistik, 1969, pp. 255-265.

- *La relation clinique en milieu pénitentiaire*, Paris, Masson & C^{ie}, 1964.

HODGINS SHEILAGH/CYR MIREILLE/PAQUET JEAN/LAMY PIERRE, *Etude de relance auprès des détenus fédéraux traités en milieu psychiatrique : description des antécédents, du séjour, des rechutes et des récidives*, in Criminologie, vol. 22, 2/1988, pp. 27-61.

HOERNI BERNARD, *Ethique et déontologie médicale: permanence et progrès*, 2^{e} éd., Paris, Masson, Coll. Abrégés, 2000.

- *Le secret du médecin*, in Secret et Démocratie, Paris, La Documentation française, 1997, pp. 49-52.

HOERNI BERNARD/BENEZECH MICHEL, *Le secret médical. Confidentialité et discrétion en médecine*, Paris, Masson, Coll. Abrégés, 1996.

HOOD R., *Rapport introductif*, in Comité européen pour les problèmes criminels, Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale, 20^{e} conférence de recherches criminologiques (1993), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995, pp. 11-21.

(cité : HOOD 1995*a*)

- *Rapport général, Conclusions et recommandations*, in Comité européen pour les problèmes criminels, Les interventions psychosociales dans le système de justice pénale, 20^{e} conférence de recherches criminologiques (1993), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995, pp. 205-219.

(cité : HOOD 1995*b*)

HOWARD JOHN, *L'état des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIII^{e} siècle*, traduction nouvelle et édition critique par C. Carlier et J.-G. Petit, Paris, Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, 1994.

HUBER CHRISTIAN, *HIV-Infektion und AIDS-Erkrankung im Lichte des Art. 231 StGB sowie der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte*, in Revue suisse de jurisprudence 85(1989), pp. 149-156.

HUBER LUKAS, *Disziplinarmassnahmen im Strafvollzug. Unter besonderer Würdigung des Einflusses bundesrechtlicher Verwaltungs- und Verfassungsgrundsätze auf das kantonale Gefängnisdisziplinarrecht*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Coll. B: Offentliches Recht, Bd. 46, 1995.

HUDSON BARBARA, *Punishment and Control*, in M. Maguire/R. Morgan/R. Reiner (Eds), The Oxford Handbook of Criminology, 3^{e} éd., Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 233-263.

HUET JEROME, *Le secret commercial et la transparence de l'information*, in Secret et transparence : l'individu, l'entreprise et l'administration, Actes du 17^{e} Colloque de droit européen, Saragosse, 21-23 octobre 1987, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Division des publications et des documents, 1988, pp. 88-106.

HULSMAN LOUK/BERNAT DE CELIS JACQUELINE, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

HUNGERBÜHLER PHILIPPE/DECREY HEDI, *Le médecin face au patient qui est aussi détenu*, in Courrier du médecin vaudois/Revue de la société vaudoise de médecine n° 1, 1999, pp. 4-5.

HÜRLIMANN BARBARA/JACOBS RETO/POLEDNA TOMAS (Eds), *Datenschutz im Gesundheitswesen*, Zurich, Schulthess, 2001.

HURTADO POZO JOSÉ, *Droit pénal : partie générale II*, Zurich, Schulthess, 2002.

- *Secret de fonction et personnel pénitentiaire*, in Informations pénitentiaires suisses 2/1983, pp. 80-88.

❖

IGNATIEFF MICHAEL, *Historiographie critique du système pénitentiaire*, in J.-G. Petit (sous la dir. de), La prison, le bagne et l'histoire, Genève, Librairie des Méridiens/Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et Société, 1984, pp. 9-17.

- *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution: 1750-1850*, Londres [etc.], The Macmillan Press, 1978.

INGOLD F. R./INGOLD S., *Les toxicomanes incarcérés. Etude épidémiologique du passage des toxicomanes en prison : résultats préliminaires*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 1/1987, pp. 37-47.

INTERNATIONAL DUAL LOYALTY WORKING GROUP, *Dual Loyalty & Human Rights in Health Professional Practice. Proposed Guidelines & Institutional Mechanisms*, University of Cape Town, Health Sciences Faculty, Physicians for Human Rights and School of Public Health and Primary Health Care, 2002, http://www.phrusa.org/healthrights/dual_loyalty.html (dernière consultation : 31.12.2005).

IRWIN JOHN/CRESSEY DONALD, *Thieves, Convicts and the Inmate Culture*, in Social Problems, vol. X, 2/1962, pp. 142-155.

ITEN ANNE/GRAVIER BRUNO/ELGER BERNICE, *Difficultés rencontrées lors de la prise en charge médicale de patients vivant en milieu carcéral*, in Revue Médecine & Hygiène 61(2003), pp. 928-935.

❖

JAAG TOBIAS, *Sanktionen im Verwaltungsrecht*, in J.-B. Ackermann/A. Donatsch/J. Rehberg (Eds), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburstag, Zurich, Schulthess, 2001, pp. 559-583.

JACQUARD ALBERT/AMBLARD HÉLÈNE (avec la coll. de), *Un monde sans prisons ?*, Paris, Ed. du Seuil, 1993.

JACOBS JAMES B., *Prison Subculture*, in S. H. Kadish (Ed.), Encyclopedia of Crime and Justice, vol. 3, New York, The free Press, A division of Macmillan Inc., 1983, pp. 1218-1225.

- *Race Relations and the Prisoner Subculture*, in M. Tonry/N. Morris (Eds.), Crime and Justice: a Review of Research, Chicago, University of Chicago Press, vol. 1, 1975, pp. 1-27.

JAEGER MARCEL/MONCEAU MADELEINE, *La consommation des médicaments psychotropes en prison*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 1996.

JAFFE PHILIP, *Derrières les barreaux. Des débouchés pour les psychologues*, in Psychoscope : Journal de la Fédération suisse des psychologues, vol. 15, 10 (1994), pp. 4-6.

JAFFE PHILIP/NIVEAU GERARD, *La gestion intégrée des délinquants sexuels : un nouveau partenariat entre le thérapeutique et le judiciaire*, in Médecine et Hygiène 55(1997), pp. 653-655.

JÄGGI PETER, *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, in Revue suisse de jurisprudence 79(1960), pp. 133-261.

JAMIN JEAN, *Les lois du silence. Essai sur la fonction sociale du secret*, Paris, Maspero, Coll. Dossiers africains, 1977.

JOMINI SANDRINE, *La responsabilité pénale des collectivités publiques et des fonctionnaires*, in Revue pénal suisse 120(2002), pp. 26-61.

JONAS C., *Le psychiatre, l'information et le secret médical*, in Annales médico-psychologiques 157(1999), pp. 263-268.

JONAS C./SENON J. L., *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé : les moyens d'une amélioration de la relation médecin-malade ?*, in Annales médico-psychologiques 161(2003), pp. 404-409.

JUNG ANNE, *Les mesures de sûreté (art. 42-44 CPS) : quelques problèmes rencontrés dans la pratique genevoise*, in Revue suisse de criminologie 1/2003, pp. 45-56.

- *Mesures de sûreté : la pratique genevoise d'après le droit actuel et le nouveau droit*, in A. Baechtold/A. Senn, Brennpunkt Strafvollzug / Regards sur la prison, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 2, 2002, pp. 269-286.

❖

KAUFFMAN KELSEY, *Prison Officers and their World*, Massachusetts, Harvard University Press, 1988.

KAISER GÜNTHER, *Gewährleistung der Menschenrechte im europäischen Strafvollzug durch Staat, Gesellschaft und Staatengemeinschaft*, in A. Manganas (Ed.), Etudes en hommage à Alice Yotopoulos-Marangopoulos, vol. A, Athènes : Nomiki Bibliothiki Group; Bruxelles : Bruylant, 2003, pp. 445-478.

- *Human rights in the enforcement of sanctions involving deprivation of liberty*, in Annales internationales de criminologie, vol. 28, 1990, pp. 151-174.

KAISER GÜNTHER/SCHÖCH HEINZ, *Strafvollzug*, 5e éd., Heidelberg, C.F. Müller, Coll. Lehr- und Handbuch, 2002.

KAMINSKI DAN, *Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison*, in O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence ; Bruxelles : Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 91-112.
(cité : KAMINSKI 2002*a*)

- *Troubles de la pénalité et ordre managérial*, in Recherches sociologiques 1/2002, pp. 87-107.
(cité : KAMINSKI 2002*b*)

KAMKAR CAROLINE, *Le secret professionnel*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 4, 2/2004, pp. 197-208.

KAPFERER JEAN-NOËL, *Rumeurs et secret*, in A. Petitat (sous la dir. de), Secret et lien social, Actes du colloque « Secret et société », Université de Lausanne, juin 1997, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 157-169.

KARGER THOMAS, *Behandlung von suchtmittelabhängigkeit und Massnahmen zur Infektionsprophylaxe im Strafvollzug der Schweiz. Eine Zusammenfassung zweier empirischer Studien*, in Bulletin de criminologie 1/1999, pp. 25-46.

KAYSER PIERRE, *La protection de la vie privée*, 2e éd., Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 1990.

- *Le principe du secret des lettres confidentielles et ses rapports avec le principe de droit public de la liberté et de l'inviolabilité de la correspondance*, in Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, pp. 437-465.

KELLENS GEORGES, *La Fondation internationale pénale et pénitentiaire à l'Université de Galatasaray (Istanbul, 4-7 septembre 2002)*, in Revue de droit pénal et de criminologie 83(2003), pp. 70-86.

- *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000.

KELLER KARINE, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zurich*, Thèse, Zurich, 1993.

KILLIAS MARTIN, *Grundriss der Kriminologie. Eine europäische Perspektive*, Berne, Stämpfli, 2002.

- *Précis de criminologie*, 2e éd., Berne, Stämpfli, 2001.
(cité : KILLIAS 2001*a*)

- *Précis de droit pénal général*, 2e éd., Berne, Stämpfli, 2001.
(cité : KILLIAS 2001*b*)

KLOETI PHILIPPE, *Le Concordat romand sur l'exécution des peines et mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons romands et du Tessin*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 1/1987, pp. 48-66.

KNAPP BLAISE, *Précis de droit administratif*, 4e éd. largement remaniée, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1991.

- *La protection des données personnelles. Droit public suisse*, in Revue internationale de droit comparé 3/1987, pp. 581-605.

KNECHT THOMAS, *Die psychiatrische Begutachtung der Hafterstehungsfähigkeit. Eine kurze Einführung mit Fallskizzen*, in Bulletin de criminologie 2/1999, pp. 25-40.

KNOBELSPIESS ROGER, *Q.H.S. Quartier de haute sécurité*, Paris, France loisirs, 1980.

KNOEPFLER JULIEN, *Quelles sont les possibilités actuelles de médiation dans la justice pénale en Suisse? Quelles sont les évolutions envisageables ?*, in F. Riklin (Ed.), Mediation : ein Weg in der Strafjustiz / Médiation : une voie à suivre dans la justice pénale, Lucerne, Caritas, 2001, pp. 91-128.

KOERING-JOULIN RENEE, *Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 4/1986, pp. 721-750.

KOLLER HEINRICH, *Die Sicherstellung eines menschenwürdigen Strafvollzugs - Möglichkeiten und Grenzen des Bundes*, Revue pénale suisse 110(1992), pp. 393-414.

KOPP EVA, *Heilige Kuh oder alter Zopf - das Seelsorgegeheimnis in der Diskussion*, in F. Riklin (Ed.), Schweigen oder Offenbaren? Rechte und Pflichten der Mitarbeitenden im Strafverfahren und im Vollzug / Se taire ou divulguer des informations? Droits et devoirs des personnes travaillant dans le domaine de la justice pénale et de l'exécution des sanctions, Lucerne, Caritas, 2005, pp. 12-18.

KRASTEVA ANNA, *Dit et non-dit : lequel dissimule davantage ?*, in A. Petitat (sous la dir. de), Secret et lien social, Actes du colloque « Secret et société », Université de Lausanne, juin 1997, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 93-103.

KREBS ALBERT, *John Howard's influence on the prison system of Europe with special reference to Germany*, in J. C. Freeman (Ed.), Prisons: Past and Future, Londres, Heinemann, 1978, pp. 35-51.

KROMMENACKER NICOLAS, *Surveillant pénitentiaire, un consultant pour une possible métamorphose*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/1992, pp. 141-208.

KUHN ANDRE, *Sanctions pénales : est-ce bien la peine ?* Grolley, Editions de l'Hèbe, Coll. La question, 2005.

- *Le sursis et le sursis partiel selon le nouveau Code pénal*, in Revue pénale suisse 121(2003), pp. 264-279.

- *Sommes-nous tous des criminels ?* Grolley, Editions de l'Hèbe, Coll. La question, 2002.

- *Détenus : combien ? pourquoi ? que faire ?* Berne, Haupt, 2000.

- *Les effets possibles de la révision du droit suisse des sanctions*, in Revue pénale suisse 117(1999), pp. 290-307.

- *Punitivité, politique criminelle et surpeuplement carcéral*, Thèse, La Chaux-de-Fonds, 1992.

KUHN ANDRE/MOREILLON LAURENT/VIREDAZ BAPTISTE/WILLI-JAYET ALINE (Eds), *Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 4, 2004.

KUHN HANSPETER, *Protection des données et LAMal. Réflexions concernant la sphère privée, le secret médical et la protection des données dans l'assurance sociale à l'exemple de la LAMal*, in Bulletin des médecins suisses, n°s 32/33, 82(2001), pp. 1707-1717.

KUNZ KARL-LUDWIG, *Zur Neugestaltung der Sanktionen des Schweizerischen Erwachsenenstrafrechtes*, Revue pénale suisse 117(1999), pp. 235-254.

- *Sida et droit pénal : le caractère répréhensible de la contamination VIH en droit pénal suisse*, in Droit et Sida, Office fédéral de la santé publique/Office fédéral de la Justice, Berne, 1990, pp. 103-144.

KURT VICTOR, *Die Aufgaben des Bundes im Strafvollzug*, in Revue pénale suisse 70(1955), pp. 325-346.
KURY HELMUT, *Gemeingefährlichkeit und Medien - Kriminologische Forschungsergebnisse zur Frage der Strafeinstellungen*, in S. Bauhofer/P.-H. Bolle/V. Dittmann (Eds), « Gemeingefährliche » Straftäter / Délinquants « dangereux », Zurich, Rüegger, 2000, pp. 193-236.

❖

LAE JEAN-FRANÇOIS, *Les règles du silence en droit*, in Ethnologie française, XXXII, 1/2002, pp. 61-67.
LAHAYE NICOLE, *Le droit de l'enfant au secret professionnel face à la puissance parentale*, in Revue de droit pénal et de criminologie 60(1980), pp. 569-596.
LALANDE PIERRE, *Comment devient-on « réaliste » ? Une étude sur la trajectoire mentale des agents de probation*, in Déviance et Société, vol. 14, 1/1990, pp. 17-38.
LAMARCHE-VADEL GAETANE, *A parte*, in Traverses, n°s 30-31, Paris, Centre G. Pompidou, 1984, pp. 140-150.
LAMBERT CHRISTOPHE, *Derrière les barreaux*, Paris, Michalon, 1999.
LAMBERT PIERRE, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Nemesis, 1985.
LAMEYRE XAVIER, *Les soins pénalement ordonnés, une pratique limite*, in Annales médico-psychologiques 162(2004), pp. 657-661.
- *Penser les soins pénalement obligés. Un impératif éthique*, in Les soins obligés ou l'utopie de la triple entente, Actes du XXXIII^e^ Congrès français de criminologie, Association française de criminologie, Société belge de criminologie, Université Lille II, Paris, Dalloz, 2002, pp. 70-84.
LAMOTHE PIERRE, *Psychiatrie en milieu pénitentiaire*, in Revue française des affaires sociales, « La santé en prison : un enjeu de santé publique », 1/1997, pp. 151-159.
LAMOTHE PIERRE/GEOFFRAY DENISE, *La psychopathie revisitée…en prison*, in Perspectives psychiatriques 28(1989), pp. 229-236.
LANDENNE PIERRE, *Résister en prison. Patiences, passions, passages*, Bruxelles, Ed. Lumen Vitae, Coll. Trajectoires, 1999.
LANDREVILLE PIERRE, *Le système pénal au Canada : tendances et ambiguïtés*, in Porte ouverte, vol. XII, 2/2001, pp. 5-8.
- *Criminalité et abus de pouvoir*, in Annales internationales de criminologie, vol. 27, 1989, pp. 135-151.
LANGLOIS JEAN, *Médecine et justice*, in Revue de la gendarmerie nationale, n° 210, 2004, pp. 68-77.
LANGMACK HANS, *Die Strafrechtliche Schweigepflicht des Arztes*, in Revue pénale suisse 88(1972), pp. 67-80.
LANGUIN NOËLLE/SARDI MASSIMO, *Pratiques de la libération conditionnelle*, in R. Roth (sous la dir. de), La libération conditionnelle : risque ou chance ? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1994, pp. 95-136.
LAPPI-SEPPÄLÄ TAPIO, *Prison-privatization : to what extent may the correctional functions be performed by the private sector ?*, in Quelques questions-clés de la politique pénitentiaire actuelle, Actes du VIII^e^ Colloque international de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Fuchu-Tokyo/Japon, 16-20 janvier 1998, pp. 285-310.
LARRALDE JEAN-MANUEL, *Le Soft Law européen comme promoteur des droits des personnes incarcérées*, in C. Grewe (sous la dir. de), Questions sur le droit européen, Actes du Colloque de Caen (23 février 1996), Caen, Presses universitaires de Caen, 1996, pp. 189-208.
LASCOUMES PIERRE, *L'illégalisme, outil d'analyse*, in Sociétés & Représentations, Michel Foucault : surveiller et punir : la prison vingt ans après, numéro dirigé par R. Lenoir avec le concours de M. Tsikounas et la coll. de J.-J. Yvorel, Les cahiers du CREDHESS, n° 3, novembre 1996, pp. 78-84.
LAUFS ADOLF/UHLENBRUCK WILHELM (Eds), *Handbuch des Arztrechts*, 2^e^ éd., Munich, Beck, 1999.
LAUWERS NICOLE/VAN MOL FRANCIS, *La réalité pénitentiaire en matière de drogues*, in Les dossiers de droit pénal et de criminologie, Drogues et prison, Actes de la journée d'études du 22 avril 1994 organisée par Présence et Action culturelles, Bruxelles, La Charte, 1995, pp. 27-35.
LAVEISSIERE JEAN, *En marge de la transparence administrative : le statut juridique du secret*, in Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, pp. 181-205.
LAZERGES CHRISTINE, *La réinsertion, une réalité à facettes multiples*, in Archives de politique criminelle, n° 22, 2000, pp. 99-104.
- *Les établissements pénitentiaires à gestion mixte : un exemple de politique criminelle participative*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/1998, pp. 180-186.
LEBLAY LOUIS, *Le projet d'exécution des peines*, in O. Reynald (sous la dir. de), L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui, Ramonville Saint-Agne, Érès, Coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, pp. 263-265.
LE BRAS HERVE, *Funestes secrets*, in Traverses, n°s 30-31, Paris, Centre G. Pompidou, 1984, pp. 191-198.
LE CAISNE LEONORE, *Prison : une ethnologue en centrale*, Paris, Odile Jacob, 2000.
LE CHEVALIER CHARLES, *La confidence et la personne humaine*, Paris, Aubier, 1960.

LECHIEN MARIE-HELENE, *L'impensé d'une réforme pénitentiaire*, in Actes de la recherche en sciences sociales, n°s 136-137, 2001, pp. 15-26.
LEGENDRE CAROLINE, *Un lieu paradoxal d'effets thérapeutiques : le milieu pénitentiaire*, in L'évolution psychiatrique, vol. 54, 2/1989, pp. 321-331.
LEGLER THOMAS, *Vie privée, image volée. La protection pénale de la personnalité contre les prises de vue*, Berne, Stämpfli, Etudes de droit suisse, Fascicule 595, 1997.
LE GOFF VALERIE/AVIGDOR LUC/CAGLI PIERRE/SOLDINI GABRIELLA, *Femmes en prison : bilan différencié et état de santé*, in Revue Médecine & Hygiène 60(2002), pp. 659-662.
LE GOFF VALERIE/GRAVIER BRUNO, *Les délinquants sexuels en détention préventive : aspects thérapeutiques*, in Revue Médecine & Hygiène 57(1999), pp. 648-653.
LEMIRE GUY, *Espoirs et doutes de l'agent pénitentiaire en Europe et au Canada*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 33-43.
- *Les mesures sentencielles, le système carcéral et la réhabilitation*, in Problèmes actuels de science criminelle, Institut de sciences pénales et de criminologie, Presses universitaires d'Aix-Marseille, vol. XV, 2002, pp. 13-32.
- *Grandeurs et limites des droits des détenus*, in J. Pradel (sous la dir. de), La condition juridique du détenu, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, vol. XIII, Paris, Cujas, 1993, pp. 61-69.
- *Vingt ans de droits des détenus au Québec*, in Criminologie, vol. 24, 1/1991, pp. 63-76.
- *Anatomie de la prison*, Montréal, Presses universitaires de Montréal, 1990.
LEMIRE GUY/BROCHUZ SERGE/RONDEAU GILLES/PARENT ISABELLE, *Le traitement des personnes incarcérées pour une courte période : recension des écrits*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 3/1997, pp. 300-321.
LEMONDE LUCIE, *Historique des normes juridiques dans les pénitenciers du Canada*, in Criminologie, vol. 28, 1/1995, pp. 97-117.
- *L'habeas corpus en droit carcéral*, Cowansville Québec, Y. Blais, Coll. Minerve, 1990.
LEMONDE LUCIE/LANDREVILLE PIERRE, *La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées : l'expérience canadienne*, in O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence ; Bruxelles : Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 69-88.
LEONARD JACQUES, *Les médecins de prisons en France au XIX*^{ème} *siècle*, in J.-G. Petit (sous la dir. de), La prison, le bagne et l'histoire, Genève, Librairie des Méridiens/Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et Société, 1984, pp. 141-149.
LE PROUX DE LA RIVIERE COLETTE, *Détection du SIDA. Secret médical et prisons*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 3/1991, pp. 550-554.
LESAGE DE LA HAYE JACQUES, *La guillotine du sexe. La vie affective et sexuelle des prisonniers*, 3^{e} éd., Paris, Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, 1998.
LESSELIER CLAUDIE, *Les femmes et la prison, 1820-1939. Prisons de femmes et reproduction de la société patriarcale*, in Jacques-Guy Petit (sous la dir. de), La prison, le bagne et l'histoire, Genève, Librairie des Méridiens/Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et Société, 1984, pp.115-128.
LETURMY LAURENCE, *Commentaire du jugement du Tribunal correctionnel de Caen du 4 septembre 2001 (l'Affaire Pican)*, in Droit pénal. Revue mensuelle, n°12, chron. n° 46, 2001, pp. 4-6.
LHUILIER DOMINIQUE, *La santé en prison : permanence et changement*, in C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), La prison en changement, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 187-216.
- *Surveillants : identité professionnelle et crise de légitimité*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 135-150.
LHUILIER DOMINIQUE/AYMARD NADIA, *L'univers pénitentiaire : du côté des surveillants de prison*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997.
LHUILIER DOMINIQUE/LEMISZEWSKA ALDONA, *Le choc carcéral : survivre en prison*, Paris, Bayard, 2001.
LHUILIER DOMINIQUE/VEIL CLAUDE, *Conclusion. Réflexion prospective sur l'avenir de la prison*, in C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), La prison en changement, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 277-301.
- *Significations de la demande de soins psychiatriques et somatiques en milieu carcéral*, in Annales médico-psychologiques 156(1998), pp. 635-639.

LINIGER MIRANDA, *Etude de la réintégration*, in R. Roth (sous la dir. de), La libération conditionnelle : risque ou chance ? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1994, pp. 169-202.

LIVET MICHELLE, *Protection des données personnelles dans les administrations publiques suisses. Applications et expériences*, in Revue de droit administratif et de droit fiscal, 2/1988, pp. 65-96.

LIVROZET SERGE, *Aujourd'hui, la prison*, Paris, Hachette, 1976.

LOB JEAN, *Sida et droit pénal*, in Revue suisse de jurisprudence 83(1987), pp. 163-166.

LOB-IZRAELSKI ROSINE, *Le secret professionnel et les pratiques effectives des psychologues*, in R. Lob-Izraelski (sous la dir. de), Le secret professionnel, Actualités psychologiques, Institut de Psychologie, Université de Lausanne, 2001, pp. 34-47.

LOGOZ PAUL, *Commentaire du Code pénal suisse. Partie spéciale II (art. 213-332)*, Neuchâtel ; Paris, Delachaux et Niestlé, 1956.

LOHSING ERNST, *Der Begriff des Berufsgeheimnisses*, in Revue suisse de jurisprudence 39(1942/43), pp. 79-82.

LOIRET PATRICK, *La théorie du secret médical*, Paris, Masson, 1988.

LOMBARDO LUCIEN X., *Guards Imprisoned : Correctional Officers at Work*, 2e éd., Anderson, Cincinnati, 1989.

LOUREL MARCEL, *Exercice professionnel de surveillance des prisons françaises. De la transgression des normes à l'application des lois : négocier pour mieux régner ?*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 4/2000, pp. 450-458.

LOVIS C./GEISSBÜHLER A., *Dossier médical informatisé*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 76-82.

LUCAS CLAUDE, *Suerte : l'exclusion volontaire*, Paris, Plon, Coll. Terre Humaine, 1997.

LÜCKER-BABEL MARIE-FRANÇOISE, *A propos de l'article de Th. Douraki « Dimensions éthiques et juridiques du secret médical » : quelques aspects du droit suisse*, in Cahiers psychiatriques, n° 27, 1999, pp. 35-46.

LUGINBÜHL ULRICH, *Rechte und Pflichten der Mitarbeitenden im Strafverfahren und im Vollzug*, in F. Riklin (Ed.), Schweigen oder Offenbaren? Rechte und Pflichten der Mitarbeitenden im Strafverfahren und im Vollzug / Se taire ou divulguer des informations? Droits et devoirs des personnes travaillant dans le domaine de la justice pénale et de l'exécution des sanctions, Lucerne, Caritas, 2005, pp. 6-11.

- *Die Organisation des Gesundheitswesens im Straf- und Massnahmenvollzug aus der Sicht der Anstaltsleiter*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 65-77.

❖

MAAG F./MUGGLER-BICKEL J., *Möglichkeiten ärztlichen Wirkens zur Prävention von Todesfällen in Haftanstalten*, in Bulletin de criminologie 2/1983, pp. 61-69.

MAHON PASCAL, *Les enjeux du droit à l'information*, in T. Tanquerel/F. Bellanger (Eds), L'administration transparente. Actes de la IVe Journée de droit administratif organisée à Genève le 7 mars 2001, Genève [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, série droit administratif, 2002, pp. 9-41.

MAIER PHILIPP/URBANIOK FRANK, *Die Anordnung und praktische Durchführung von Freiheitsstrafen und Massnahmen*, Zurich, Schulthess, Coll. Handbuch für Praktiker, 1998.

MALEMPRE HANNELORE, *Le suicide en milieu carcéral: état des lieux et réflexions*, in Revue de droit pénal et de criminologie 81(2001), pp. 99-113.

MALINVERNI GIORGIO, *Le droit des personnes privées de liberté au respect de leur correspondance*, in C. Swinarski (Ed.), Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet, Genève : Comité international de la Croix-Rouge ; La Haye : M. Nijhoff, 1984, pp. 77-101.
(cité : MALINVERNI 1984*a*)

- *La Convention européenne des droits de l'homme : les droits et libertés garantis / IX. Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8)*, Fiches juridiques suisses, n° 1378, 1984.
(cité : MALINVERNI 1984*b*)

MANAÏ DOMINIQUE, *Un siècle de droit de la santé en Suisse (1886-2003) : de la lutte contre les épidémies au droit des patients*, in Revue générale de droit médical, numéro spécial, Droits des malades et qualité du système de santé : « La loi du 4 mars 2002 », 2004, pp. 91-107.
(cité : MANAÏ 2004*a*)

- *De l'autonomie du patient : à quelles conditions sa décision est-elle libre ?*, in Revue suisse de droit de la santé 2/2004, pp. 5-8.
(cité : MANAÏ 2004*b*)

- *Le devoir d'information du médecin*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 63-70.
(cité : MANAÏ 2003*a*)
- *Le droit des proches du patient dans la prise de décision médicale*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 96-105.
(cité : MANAÏ 2003*b*)
- *Le devoir d'information du médecin en procès*, in Semaine judiciaire, n° 10, 122(2000), pp. 341-371.
- *Les droits du patient face à la médecine contemporaine*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

MANCIAUX M., *Equité et droit à la santé*, in Revue générale de droit médical 1/1999, pp. 169-178.

MANDOFIA BERNEY MARINA, *Droits des proches d'un patient décédé quant aux interventions sur son corps*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe /M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 231-236.

MANDOFIA BERNEY MARINA/UMMEL MARINETTE/MAURON ALEX, *Le partage de l'information thérapeutique : cadre éthique et juridique*, in Les cahiers médico-sociaux 39(1995), Genève, pp. 345-364.

MANDOFIA BERNEY MARINA/BÜRGISSER MICHEL, *Les enjeux d'une norme de renvoi en matière de procréation assistée*, in Plaidoyer 2/1994, pp. 54-55.

MANSON ALLAN, *Canada*, in D. van Zyl Smit/F. Dünkel (Eds), Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions, 2e éd., La Haye [etc.], Kluwer Law International, 2001, pp. 124-150.

MANZANERA C./SENON J.-L., *Psychiatrie de liaison en milieu pénitentiaire : organisation, moyens, psychopathologies et réponses thérapeutiques*, in Annales médico-psychologiques 162(2004), pp. 686-699.

MARAIA JEAN-FREDERIC, *Le secret fiscal et sa portée dans le cadre de l'assistance et l'entraide en droit interne suisse*, in P. Zen-Ruffinen (Ed.), Les secrets et le droit, Enseignement de 3e cycle romand de droit, Zurich, Schulthess, 2004, pp. 247-283.

MARCELLI ALINE, *Relations entre le secret médical et les secrets professionnels*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins de janvier 2000. Disponible en format pdf sous : http://www.web.ordre.medecin.fr/rapport/secretprofessionnel.pdf (dernière consultation : 31.12.2005).
- *Le secret partagé*, Rapport adopté lors de la session du Conseil National de l'Ordre des médecins de mai 1998. Disponible en format pdf sous : http://www.web.ordre.medecin.fr/rapport/secretpart.pdf (dernière consultation : 31.12.2005).

MARCHETTI ANNE-MARIE, *Fabriques de misère*, in EcoRev, Revue critique d'écologie politique, n°15, hiver 2004, http://ecorev.org/article.php3?id_article=233 (dernière consultation : 31.12.2005).
- *Perpétuités : le temps infini des longues peines*, Paris, Plon, Coll. Terre humaine, 2001.
- *Le travail en détention : un révélateur de la condition carcérale*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 183-193.
- *Pauvretés en prison*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 1997.

MARCHETTI ANNE-MARIE/COMBESSIE PHILIPPE (avec la coll. de), *La prison dans la cité*, Paris, Desclée de Brouwer, 1996.

MARGAIRAZ CH., *Le certificat médical d'arrêt de travail*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe /M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 186-190.

MARTENET BENOÎT, *Soins psychiatriques et psychothérapeutiques à la Maison d'éducation au travail de Pramont (MET) et à la Colonie pénitentiaire de Crêtelongue*, in Courrier médical valaisan, n° 33, 2005, pp. 20-22.

MARTIN JEAN, *Attitude médicale en cas de grève de la faim. A propos de la problématique du traitement sous contrainte*, in Revue Médecine & Hygiène 60(2002), pp. 1281-1283.

MARTIN JEAN/GUILLOD OLIVIER, *Secret médical : quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient ?*, in Bulletin des médecins suisses, n° 37, 81(2000), pp. 2047-2052.

MARTIN JEAN-LOUIS, *Soins psychiatriques dans des conditions de sécurité*, Thèse de médecine, Genève, 1990.

MARTIN-ACHARD PIERRE, *Consentement au traitement et incapacité de discernement*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 106-112.
(cité : MARTIN-ACHARD 2003*a*)

- *Médecins-conseils*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe /M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 200-204.
(cité : MARTIN-ACHARD 2003*b*)

MARTIN-ACHARD PIERRE/THEVENOZ LUC, *Le dossier médical et sa communication*, in Les cahiers médico-sociaux 29(1985), Genève, pp. 245-259.

MARTINENT ÉRIC, *Le droit du secret médical, étude historique*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 2, 4/2002, pp. 437-470.

MARTINSON ROBERT, *What works ? Questions and Answers about Prison Reform*, in The Public Interest, vol. 35, 1/1974, pp. 22-54.

MARTY DICK, *Le rôle et les pouvoirs du juge suisse dans l'application des sanctions pénales*, Thèse, Neuchâtel, 1974.

MARY PHILIPPE, *Pénalité et gestion des risques : vers une justice « actuarielle » en Europe ?*, in Déviance et Société, vol. 25, 1/2001, pp. 33-51.

- *Pratiques clandestines en milieu carcéral. Réflexions sur la reproduction et la production de la prison*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 2/1989, pp. 172-184.
- *Révolte carcérale. Changements et logique pérenne de la prison*, Bruxelles, Story-Scientia, Coll. des monographies de l'Ecole des Sciences criminologiques Léon Cornil, 1988.

MARY PHILIPPE/DURVIAUX STEPHAN, *L'éducation en prison : resocialisation ou occupation ?*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 1/1991, pp. 36-42.

MATHIESEN THOMAS, *Prison on trial: a critical assessment*, Londres [etc.], Sage Publications, 1990.

- *The Defences of the Weak: A Sociological Study of a Norwegian Correctional Institution*, Tavistock, Londres, 1965.
(cité: MATHIESEN 1967*a*)

MATHIEU GILLES, *Sida et droit pénal*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/1996, pp. 81-99.

- *Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la Communauté européenne*, Thèse, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Aix-Marseille, 1993.

MAUGER GERARD, *Un nouveau militantisme*, in Sociétés & Représentations, Michel Foucault : surveiller et punir : la prison vingt ans après, numéro dirigé par R. Lenoir avec le concours de M. Tsikounas et la coll. de J.-J. Yvorel, Les cahiers du CREDHESS, n° 3, novembre 1996, pp. 51-77.

MAURER BEATRICE, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La Documentation française, 1999.

MAURER URS/ VOGT NEDIM PETER (Eds), *Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz*, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, 1995.

MAUREY GILBERT, *Secret, Secrets. De l'intime au collectif*, Bruxelles, De Boeck Université, 1999.

MAURON A., *Les fondements éthiques du droit médical*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 359-368.

MAYAUD YVES, *Code pénal*, 101e éd., Paris, Dalloz, 2004.

MAYE JEAN, *Les infractions commises par les fonctionnaires en droit suisse*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 4/1965, pp. 259-264.

MAYER GENEVIEVE, *Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) : l'initiative du Conseil de l'Europe dans le domaine de la prévention des mauvais traitements de personnes privées de liberté*, in J.-P. Céré (sous la dir. de), Panorama européen de la prison, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002, pp. 7-27.

- *Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitement inhumains ou dégradants (CPT)*, in Les droits de l'homme dans les prisons : la formation professionnelle du personnel pénitentiaire, Actes du séminaire de Strasbourg, 7-9 juillet 1993, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995, pp. 16-27.

MAZZUCCHELLI GORAN, *Die Verwahrung ist kein Gottesurteil*, in Plädoyer 2/2003, pp. 36-44.

- *Die Sicherungsfunktion des langen Freiheitsentzuges*, in Recht 5/1996, pp. 206-214.

MBANZOULOU PAUL, *La réinsertion sociale des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires*, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2000.

MEIER HANS-ULRICH, *Interdisziplinäre Zusammenarbeit: Illusion und Notwendigkeit?*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 163-172.

MEIER PHILIPPE, *La confidentialité des informations médicales dans le cadre des activités tutélaires*, in Revue du droit de tutelle 6/1996, pp. 205-243.

MEYER JACQUES, *L'octroi de la libération conditionnelle : vers un réaménagement des compétences et de la procédure ?*, in Revue suisse de jurisprudence 89(1993), pp. 358-362.
MEYER JEAN, *Le secret de fonction et les fonctionnaires vaudois*, in Journal des Tribunaux IV, 140(1992), pp. 2-13.
MEZZO BELINDA/GRAVIER BRUNO, *La récidive des délinquants sexuels : une réalité difficile à cerner*, in Revue Médecine & Hygiène 59(2001), pp. 659-666.
MICHALOWSKI SABINE, *Medical Confidentiality and Crime*, Aldershot, Ashgate, 2003.
- *Protection of medical confidentiality without a medical privilege? - A discussion of the English and the German approach*, in Medical Law International, vol. 2, 1997, pp. 277-289.
MICHELI JACQUES, *Le droit du patient-assuré au respect du secret médical*, in Colloques et journées d'étude 1999-2001 organisés par l'IRAL en coll. avec diverses institutions, Lausanne, Presses centrales Lausanne SA, 2002, pp. 441-457.
MICHOD MARIE-LAURE, *L'exécution des peines privatives de liberté et la libération conditionnelle selon le CP 2002*, in A. Kuhn/L. Moreillon/B. Viredaz/A. Willi-Jayet (Eds), Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 4, 2004, pp. 165-182.
MILLY BRUNO, *L'accès aux soins des détenus en France : un droit bafoué*, in Revue Droit et Société, n° 55, 2003, pp. 745-767.
- *Soigner en prison*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Sociologies, 2001.
MITCHELL RICHARD G., *Secrecy and Fieldwork*, Londres [etc.], Sage Publications, Coll. Qualitative Research Methods Series, vol. 29, 1993.
MONCEAU MADELEINE/JAEGER MARCEL, *Médicaments et réforme de la santé en prison*, in C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), La prison en changement, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp 217-230.
MONCEAU MADELEINE/JAEGER MARCEL/GRAVIER BRUNO/CHEVRY PASCALE, *La consommation des tranquilisants et des hypnotiques en prison : logiques à l'œuvre et enjeux*, in C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (Eds), Approches de la prison, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 153-176.
MONCET MARIE-CLAUDE/MERSCH AURELIE, *Le devoir de réserve du fonctionnaire, une frontière à la liberté d'expression ?*, in Revue Droit, déontologie et soin, vol. 1, 2/2001, pp. 148-172.
MONTANDON CLEOPATRE/CRETTAZ BERNARD, *Paroles de gardiens, paroles de détenus. Bruits et silences de l'enfermement*, Genève, Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et société, 1981.
MONTI BRIGITTE, *Les procédures dans les différents cantons romands*, in R. Roth (sous la dir. de), La libération conditionnelle : risque ou chance ? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1994, pp. 31-78.
MOOR PIERRE, *Droit administratif : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, Vol. III*, Berne, Stämpfli, 1992.
MOREILLON LAURENT, *De l'ancien au nouveau droit des sanctions : Quelle lex mitior ?*, in A. Kuhn/L. Moreillon/B. Viredaz/A. Willi-Jayet (Eds), Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 4, 2004, pp. 299-314.
MORET-BAILLY JOËL, *Les rapports entre la loi et les déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002*, in Revue de droit sanitaire et social, 4/2003, pp. 581-589.
MORGAN ROD, *The European committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment*, in D. van Zyl Smit/F. Dünkel (Eds), Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions, 2e éd., La Haye [etc.], Kluwer Law International, 2001, pp.717-739.
- *Tortures et traitements inhumains ou dégradants en Europe : quelques données, quelques questions*, in C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (Eds.), Approches de la prison, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 323-347.
MORGAN ROD/EVANS MALCOLM, *Combattre la torture en Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2001.
MORON P., *Le suicide en milieu pénitentiaire*, in Annales médico-psychologiques 162(2004), pp. 672-675.
MORON P./SUDRES J.-L./HAZANE F./ARBUS C., *Sexe et prison*, in Annales médico-psychologiques 162(2004), pp. 373-377.
MORRIS NORVAL, *The contemporary prison: 1965-present*, in N. Morris/D. J. Rothman (Eds.), The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society, New York [etc.], Oxford University Press, 1995, pp. 227-259.
MORRIS TERENCE/MORRIS PAULINE, *Pentonville. A Sociological Study of English Prison*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963.
MOTTE DIT FALISSE JEAN, *Monochronie et polychronie carcérales. Dimensions symboliques et culturelles de l'expérience du temps en prison*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/2004, pp. 353-360.

MOUNAUD PATRICK, *La formation et l'évolution des missions des personnels pénitentiaires*, in Revue française d'administration publique 99(2001), pp. 471-478.

MOUTIN P., *Le psychiatre à la Commission de l'application des peines*, in Annales médico-psychologiques 159(2001), pp. 397-402.

MUCCHIELLI LAURENT, *A quoi servent les prisons ?*, in Sciences humaines, n° 26, 1993, pp. 10-13.

MÜLLER DENIS, *Le SIDA : menace pour le secret médical ou chance pour un débat éthique ouvert ?*, in D. Müller/J.-F. Balavoine, SIDA : le secret médical menacé, Folia Bioethica, n° 5, Genève, Société suisse d'éthique biomédicale, 1991, pp. 1-9.

MÜLLER JÖRG PAUL/LOOSER MARTIN, *Les problèmes principaux de la protection des données en Suisse*, in P. Tabatoni (sous la dir. de) La protection de la vie privée dans la société d'information, Tome 3, 4, 5, Paris, Presses universitaires de France, Coll. des sciences morales et politiques, 2002, pp. 67-90.

❖

NAFZGER WILLI, *Burnout und Gesundheit des Vollzugspersonal*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 203-208.

NAVILLE FRANÇOIS, *Le secret professionnel des médecins*, in Droit et vérité. Le droit oblige-t-il à parler et à dire la vérité ?, Genève, Librairie Georg et Cie, 1946, pp. 46-105.

- *La réglementation du secret professionnel médical d'après les dispositions du nouveau code pénal suisse*, in Bulletin des médecins suisses, n^{os} 7/8, 23(1942), pp. 85-95.

NEALE KENNETH, *Les Règles pénitentiaires européennes : leur cadre, leur esprit et leur objet*, in Bulletin d'information pénitentiaire, n° 16, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1992, pp. 4-7.

- *Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus : historique et évolution des règles européennes*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 2/1987, pp. 197-203.

NEBULONI TIZIANA, *La prise en charge psychiatrique des personnes détenues: le rôle d'une unité hospitalière sécurisée*, Thèse de médecine, Genève, 1994.

NELLES JOACHIM/DOBLER-MIKOLA ANJA/KAUFMANN BEAT, *Provision of syringes and prescription of heroin in prison: The swiss experience in the prisons of Hindelbank and Oberschöngrün*, in J. Nelles/A Fuhrer (Eds), Harm Reduction in Prison / Risikominderung im Gefängnis, Berne, Peter Lang, 1997, pp. 239-262.

NEYS ACHIEL/PETERS TONY, *La peine considérée dans une perspective de réparation*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 1/1996, pp. 3-29.

NGWENA CHARLES/CHADWICK RUTH, *Genetic diagnostic information and the duty of confidentiality: ethics and law*, in Medical Law International, vol. 1, 1993, pp. 73-95.

NICOLET PH., *Praktische Seelsorge im Vollzug. Existenzdeutung zwischen Not und Notwendigkeit*, in Bulletin de criminologie 2/1987, pp. 75-92.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Eds), *Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Basler Kommentar*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2002.

- *Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, Basler Kommentar*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003.

NIVEAU GERARD, *Ethique et psychiatrie pénitentiaire*, in Cahiers psychiatriques, n° 27, 1999, pp. 197-205.
(cité : NIVEAU 1999*a*)

- *L'hospitalisation en milieu pénitentiaire. Les consultations postpénales*, in Courrier du médecin vaudois/Revue de la société vaudoise de médecine, n° 1, 1999, pp. 7-9.
(cité : NIVEAU 1999*b*)

NOLL PETER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis im schweizerischen Strafrecht*, in Schweizerische Beiträge/Recueil de travaux suisses, V. Internationaler Kongress für Rechtsvergleichung, Zurich, Schulthess, 1958, pp. 233-251.

NORMANDEAU ANDRÉ, *Faut-il privatiser les prisons ?*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 3/1987, pp. 286-297.

NOUWYNCK LUCIEN, *Le secret professionnel et ses implications sur l'utilisation de rapports d'expertise, d'enquêtes sociales, d'études sociales et de rapports de guidance sociale dans des procédures distinctes de celles dans lesquelles ils ont été établis*, in Revue de droit pénal et de criminologie 82(2002), pp. 625-642.

- *La position des différents intervenants psycho-medico-sociaux face au secret professionnel dans le travail avec les justiciables*, in Revue de droit pénal et de criminologie 81(2001), pp. 3-28.

NUOFFER HENRI, *Incidences de la révision du Code pénal suisse pour les directeurs d'établissements de détention*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 117-144.

- (sous la dir. de), *Les Etablissements de Bellechasse / Die Anstalten von Bellechasse : 1898-1998*, Morat, Imprimerie R. Graf SA, 1998.

❖

OBRECHT OLIVIER, *La réforme des soins en milieu pénitentiaire de 1994: l'esprit et les pratiques*, in C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), La prison en changement, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 232-253.

O'BRIEN PATRICIA, *The Prison on the Continent. Europe, 1865-1965*, in N. Morris/D. J. Rothman (Eds), The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society, New York [etc.], Oxford University Press, 1995, pp.199-225.

- *Correction ou Châtiment. Histoire des prisons en France au XIX^e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE/SECTION EXECUTION DES PEINES ET MESURES, *L'exécution des peines et mesures en Suisse. Vue d'ensemble de l'organisation et de la structure de l'exécution des peines et mesures, des types de sanctions et des établissements pénitentiaires*, Berne, mars 2005.

- *Projets pilotes dans l'exécution des peines et mesures helvétique (pour adultes et mineurs). Brève information*, Berne, février 2005.
- *Nouvelles voies dans l'exécution des peines et mesures. Projets pilotes dans l'exécution des peines concernant les adultes et dans l'aide à la jeunesse*, Berne, 2003.

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Privation de liberté et détention préventive : effectifs au jour de relevé, de 1991 à 2001*, Neuchâtel, Office fédéral de la statistique, 2001.

- *La santé des détenus dans les prisons suisses en 1993 : résultats de l'enquête suisse sur la santé 1992/1993*, Berne, Office fédéral de la statistique, 1998.

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE/OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Catalogue des établissements pénitentiaires destinés à l'exécution des peines, des mesures et de la détention préventive en Suisse, automne 1997*, 2^e éd. révisée, Berne, 1998.

OLIVE AGNES, *Le sida en prison (ou le bilan de la santé publique en milieu carcéral)*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 3-4/1998, pp. 310-319.

❖

PAGE GÉRALD, *Fardeau de la preuve, accès du patient au dossier médical et procès en responsabilité civile : quelques aspects en regard de la protection des données médicales*, in Aspects du droit médical, Actes du Séminaire organisé par la CUSO, Fribourg, éd. universitaires de Fribourg, 1987, pp. 107-116.

PALEARI ALEJANDRA, *El psicólogo del Servicio Penitenciario y el psicodiagnóstico*, in Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, 5/2002, Santiago de Chile, pp. 9-17.

PAPATHEODOROU THÉODORE, *La perception des textes pénitentiaires européens par les droits français et grec. Pour une politique carcérale européenne*, Athen-Komotini, Ant. N. Sakkoulas, 1995.

PAUCHET CATHERINE, *L'espace en milieu carcéral (espace institutionnel et espace vécu)*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 3-4/1984, pp. 295-302.

- *Les prisons de l'insécurité*, Paris, Editions Ouvrières, 1982.

PAULET C., *Ethique et pratique psychiatrique en milieu pénitentiaire*, in Ethique médicale et psychiatrie. Questions et enjeux, A.-V. Tramoni (sous la dir. de), Paris, Masson, 1997, pp. 103-125.

PECHILLON ERIC, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.

PEDRAZZINI ALEXANDRE, *Le Concordat sur l'exécution des peines et mesures concernant les adultes dans les cantons romands : quelques dates importantes*, in M. Gottraux/M. Bornicchia (textes réunis et présentés par), Prisons, droit pénal: le tournant ?, Lausanne : Ed. d'en bas ; Genève : Ed. I.E.S, 1987, pp. 103-110.

- *L'exécution des peines et mesures dans les petits établissements; limites et possibilités du traitement individuel*, in Informations pénitentiaires suisses 1/1980, pp. 51-60.

PEDRON PIERRE, *La prison et les droits de l'homme*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

- *Administration pénitentiaire: les limites d'une révolution tranquille*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 1/1994, pp. 41-69.

PELISSIER PIERRE, *Réformer l'application des peines ?*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 3/1993, pp. 303-310.

PERNET NICOLE/POCHON JEAN-LUC/BROSSY PIERRE, *Le régime progressif dans l'exécution des peines*, in M. Gottraux/M. Bornicchia (textes réunis et présentés par), Prisons, droit pénal: le tournant ?, Lausanne : Ed. d'en bas ; Genève : Ed. I.E.S, 1987, pp. 123-132.

PERRAUD-CHARMANTIER ANDRE, *Le secret professionnel : ses limites, ses abus. Etude théorique et pratique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1926.

PERRET-GENTIL SYLVAINE, *Les décisions postérieures au jugement : un aspect particulier de l'exécution pénale. Etude de droit pénal suisse et de procédure pénale vaudoise avec un aperçu des droits français et allemand*, Thèse de licence, Lausanne, 1992.

PERRIN MICHEL, *L'ajournement et l'interruption de la peine*, in Revue valaisanne de jurisprudence 36(2002), pp. 323-345.

PERRIN RENE, *Le secret de fonction en droit fédéral suisse*, Thèse, Neuchâtel, Imprimerie des coopératives réunies/La Chaux-de-Fonds, 1947.

PERROT MICHELLE, *Alexis de Tocqueville et les prisons*, in J.-G. Petit (sous la dir. de), La prison, le bagne et l'histoire, Genève, Librairie des Méridiens/Médecine & Hygiène, Coll. Déviance et Société, 1984, pp. 103-113.

- (sous la dir de), *L'impossible prison. Recherches sur le système pénitentiaire au XIX*è *siècle*, Paris, Seuil, 1980.

PETERMANN CHRISTOPHE, *La personne privée, le secret et le droit*, in P. Zen-Ruffinen (Ed.), Les secrets et le droit, Enseignement de 3e cycle romand de droit, Zurich, Schulthess, 2004, pp. 1-25.

PETIT JACQUES-GUY, *Les historiens de la prison et Michel Foucault*, in Sociétés & Représentations, Michel Foucault : surveiller et punir : la prison vingt ans après, numéro dirigé par R. Lenoir avec le concours de M. Tsikounas et la coll. de J.-J. Yvorel, Les cahiers du CREDHESS, n° 3, novembre 1996, pp. 157-170.

- *Ces peines obscures. La prison pénale en France, 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990.

PETIT JACQUES-GUY/CASTAN NICOLE/FAUGERON CLAUDE/PIERRE MICHEL/ZYSBERG ANDRE, *Histoire des galères, bagnes et prisons : XIIIe - XXe siècles. Introduction à l'histoire pénale de la France*, Toulouse, Privat, 1991.

PETITAT ANDRE, *Introduction*, in A. Petitat (sous la dir. de), Secret et lien social, Actes du colloque « Secret et société », Université de Lausanne, juin 1997, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 7-13.

(cité : PETITAT 2000*a*)

- *Secret et formes sociales*, in A. Petitat (sous la dir. de), Secret et lien social, Actes du colloque « Secret et société », Université de Lausanne, juin 1997, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 25-40.

(cité : PETITAT 2000*b*)

- *Secret et formes sociales*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Sociologie d'aujourd'hui, 1998.
- *Secret et morphogenèse sociale*, in Crises sociales, crise de l'organisation, Cahiers internationaux de sociologie, vol. 102, Paris, Presses universitaires de France, 1997, pp. 139-160.
- *Secret, représentation et normativité*, in Le secret. Ethique, transparence et confidentialité, Lausanne, Université de Lausanne, Cahiers Erié, 1996, pp. 23-36.

PETTITI LOUIS-EDMOND/DECAUX EMMANUEL/IMBERT PIERRE-HENRI (sous la dir. de), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, 2e éd., Paris, Economica, 1999, pp. 305-321.

PFENNINGER H. F., *Die Aufsicht über den Strafvollzug in den schweizerischen Kantonen*, in Revue pénale suisse 70(1955), pp. 279-307.

PFRUNDER MARTIN LUCAS, *Die Zusammenarbeit von Vollzugs- und forensichem Personal oder ein"mephistophelischer Kreis"?*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 173-181.

- *Gemeingefährliche Straftäter im Chaos kantonaler Fachkommissionen*, in Revue suisse de jurisprudence 94(1998), pp. 435-437.

PICCA GEORGES, *La criminologie*, 5e éd., Paris, Presses universitaires de France, Coll. « Que sais-je », 2000.

PIGNAT CEDRIC/KUHN ANDRE, *Les nouvelles règles de la fixation de la peine : une révolution de velours*, in Revue pénale suisse 122 (2004), pp. 251-266.

PINATEL JEAN, *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*, Melun, Imprimerie administrative, 1950.

PINET GENEVIEVE, *La promotion des droits des patients en Europe*, in Les petites affiches 61(1997), pp. 27-29.

PIOTET DENIS, *De certains aspects civils de la révélation du secret privé pénalement protégé*, Revue pénale suisse 114(1996), pp. 333-343.

PIQUEREZ GERARD, *Procédure pénale suisse. Traité théorique et pratique*, Zurich, Schulthess, 2000.

PLAWSKI STANISLAW, *Droit pénitentiaire*, Villeneuve-d'Ascq, Publications de l'Université de Lille III, 1977.

PLESS-BÄCHLER EVA, *Die lebenslängliche Freiheitsstrafe in der Schweiz*, Thèse, Bâle, 1993.

PLOURDE CHANTAL/BROCHU SERGE/LEMIRE GUY, *Drogue et prison : faits et enjeux actuels*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 2/2001, pp. 197-220.

POCHON JEAN-LUC, *La prison compatible avec un projet de réinsertion sociale ?* in Patients psychiques en prison, Actes des journées d'études du GRAAP des 3 et 4 juin 1999, Lausanne, mai 2000, pp. 44-47.

POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Berne, Stämpfli, 2002.
PONCELA PIERRETTE, *Droit de la peine*, 2e éd., Paris, Presses universitaires de France, Coll. Thémis, 2001.
- *La responsabilité du service public pénitentiaire à l'égard de ses usagers détenus*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1/2000, pp. 232-238.
PONCELA PIERRETTE (et al.), *La notion de réinsertion dans l'exécution des peines privatives de liberté : résultats d'une recherche menée dans les établissements pénitentiaires à gestion déléguée*, in Archives de politique criminelle, n° 22, 2000, pp. 159-223.
PORRET MICHEL, *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, Michalon, 2003.
- (études historiques éditées et présentées par), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Librairie Droz SA, 1997.
PORTES LOUIS, *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris, Masson/Presses universitaires de France, 1954.
POTTIEZ S./HIVERT P., *Le médecin pénitentiaire et le secret professionnel*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/1977, pp. 215-225.
POULALION JEAN-LOUIS, *Pour une culture des résistances carcérales ?*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 3/2004, pp. 339-366.
PRADEL JEAN, *La notion de consensualisme en droit de l'exécution de la peine*, in Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 143-146.
- *Histoire des doctrines pénales*, 2e éd., Paris, Presses universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 1991.
- *Les nouvelles « Règles pénitentiaires européennes ». Recommandation N° R(87)3 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 12 février 1987*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 4/1988, pp. 218-222.
- *La correspondance écrite de détenu. Le point de la question avec la circulaire du 19 décembre 1986*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 4/1987, pp. 257-265.
PRATT JOHN, *Dangerosité, risque et technologies du pouvoir*, in Criminologie, vol. 34, 1/2001, pp. 101-121.
PREPOSE FEDERAL A LA PROTECTION DES DONNEES, Guide pour le traitement de données personnelles dans le domaine médical, Berne, 2002.
PRIEUR STEPHANE, *Les droits des patients dans la loi du 4 mars 2002*, in Revue générale de droit médical 8/2002, pp. 169-178.
PROBST THOMAS, *Datenschutzprobleme bei vertraglicher Veräusserung einer Arztpraxis. Anmerkungen zu einem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts*, in Pratique juridique actuelle 8/1994, pp. 968-983.
PROULX JEAN/LUSSIER PATRICK, *La prédiction de la récidive chez les agresseurs sexuels*, in Criminologie, vol. 34, 1/2001, pp. 9-29.
PUGET JANINE/WENDER LEONARDO, *La vie secrète des secrets*, in Connexions, n° 60 « Le secret », 2/1992, pp.89-105.
PUISEUX HELENE, *Des secrets mal gardés*, Paris, Félin, 1990.

❖

QUELOZ NICOLAS, *Une mission et un défi de taille: garantir la dignité des professionnels et les droits des condamnés dans un système d'exécution des sanctions en pleins changements. Synthèse et messages des 3èmes Journées pénitentiaires de Fribourg*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 267-317.
- *Médecine et détention : principaux éléments de synthèse*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 213-227.
- *Les nouvelles sanctions dans les projets de révision du Code pénal suisse*, in Office fédéral de la justice/Centre suisse de formation pour le personnel pénitentiaire, Informations sur l'exécution des peines et mesures, numéro spécial 1, « Réforme du droit des sanctions » : Les incidences de la révision de la partie générale du Code pénal pour le praticien, 1999, pp. 52-58.
QUELOZ NICOLAS/RIKLIN FRANZ/SENN ARIANE/DE SINNER PHILIPPE (Eds), *Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention*, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002.
QUERO LAURENT, *Les standards pénitentiaires internationaux*, in P. Artières/P. Lascoumes (sous la dir. de), Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, pp. 319-339.

❖

RABILLER STEPHANIE, *Quelle vie privée en détention? Sur quelques aspects de la jurisprudence européenne*, in J.-P. Céré (sous la dir. de), Panorama européen de la prison, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002, pp. 75-104.

RADZINOWICZ LEON, *John Howard*, in J. C. Freeman (Ed.), Prisons: Past and Future, Londres, Heinemann, 1978, pp. 7-13.

RAMEIX SUZANNE, *Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients ?*, in C. Louzoun/D. Salas (sous la dir. de), Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité, éthique, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Etudes, Recherches, Actions en Santé Mentale en Europe, 1998, pp. 65-75.

RAYNOR PETER, *Community Penalties. Probation, Punishment, and "What Works"*, in M. Maguire/R. Morgan/R. Reiner (Eds), The Oxford Handbook of Criminology, 3e éd., Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1168-1205.

REAL WALTER, *Das Amts- und Berufsgeheimnis*, in Revue du droit de tutelle 69(1972), pp. 145-154.

REAL DEL SARTE OLIVIER, *Eléments pour une analyse du discours médical en prison*, in Déviance et Société, vol. 8, 2/1984, pp. 167-180.

REHBERG JÖRG, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Orell Füssli, Zurich, 1999.

- *Arzt und Strafrecht*, in H. Honsell (Ed.), Handbuch des Arztrechts, Zurich, Schulthess, 1994, pp. 303-361.
- *Le secret médical sous l'angle du droit pénal*, in Bulletin des médecins suisses, n° 21, 50(1969), pp. 577-579.
- *Ärztliches Berufsgeheimnis und gesetzlicher Vertreter des Patienten*, in Gerichtsmedizin. Bindeglied zwischen Medizin und Recht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Fritz Schwarz, Berne, Stämpfli, 1968, pp. 23-36.

REICHLIN PAUL, *Die Schweigepflicht des Verwaltungsbeamten*, in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, n° 21, 1952, pp. 473-488 et pp. 505-517.

REINHARDT KLAUS, *Über Amtsgeheimnis und Amtshilfe in kantonalen Verwaltungssachen*, in Festgabe Alfred Rötheli zum fünfundsechzigsten Geburstag, Soleure, Staatskanzlei des Kantons Solothurn, 1990, pp. 527-558.

RENTZMANN WILLIAM, *Pierres angulaires d'une philosophie moderne de traitement : normalisation, ouverture et responsabilité*, in Bulletin d'information pénitentiaire, n° 16, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1992, pp. 7-14.

RESTELLINI JEAN-PIERRE, *Internement des délinquants sexuels et avenir de la médecine pénitentiaire en Suisse*, in Revue Médecine & Hygiène 62(2004), pp. 465-467.

- *Les grèves de la faim en médecine pénitentiaire*, Revue pénale suisse 106(1989), pp. 393-407.
- *Secret médical et patients délinquants*, in Revue médicale de la Suisse romande, Tome 105, 1985, pp. 39-44.

RESTELLINI JEAN-PIERRE/DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, *La jurisprudence récente de la commission de surveillance des professions de la santé*, in Semaine judiciaire, n° 25, (116)1994, pp. 449-469.

RESTELLINI JEAN-PIERRE/UMMEL MARINETTE, *Aspects médico-légaux de l'urgence*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 146-155.

REYNAUD ALAIN, *Les droits de l'homme dans les prisons*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995.

RICHARD JACQUES-ERIC, *De l'intégration du personnel féminin en milieu pénitentiaire à la féminisation des emplois de surveillant(e)s*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 247-255.

RICORDEAU GWENOLA, *Enquêter sur l'homosexualité et les violences sexuelles en détention*, in Déviance et Société, vol. 28, 2/2004, pp. 233-253.

RIKLIN FRANZ *Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge (Verweigerung der Behandlung, Hungerstreik)*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 45-64.

- *Zur Revision des Systems der Hauptstrafen*, Revue pénale suisse 117(1999), pp. 255-276.
- *Das Schweizerische Strafvollzugsrecht. Aktuelle Situation, Probleme, Reformmöglichkeiten*, in J. Schuh (Ed.), Aktuelle Probleme des Straf- und Massnahmenvollzugs, Grüsch, Rüegger, 1987, pp. 335-350.

RIKLIN FRANZ (Ed.), *Schweigen oder Offenbaren? Rechte und Pflichten der Mitarbeitenden im Strafverfahren und im Vollzug / Se taire ou divulguer des informations? Droits et devoirs des personnes travaillant dans le domaine de la justice pénale et de l'exécution des sanctions*, Lucerne, Caritas, 2005.

RITTER RAIMUNDO MATIAS, *Secret médical et maladies transmissibles*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 156-164.

ROBERT CHRISTIAN-NILS, *Pourquoi punir ?*, in V. Dittman/A. Kuhn/R. Maag/H. Wiprächtiger (Eds), Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung / Entre médiation et perpétuité. Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité, Zurich, Rüegger, 2002, pp. 15-32.

- *Le faux certificat médical (art. 318 CPS)*, Fiches juridiques suisses, n° 141, 1995.
- *La participation du juge à l'application des sanctions pénales*, Thèse, Genève, 1974.

ROBERT CHRISTIAN-NILS/KELLERHALS JEAN/LANGUIN NOËLLE/WIDMER ERIC/PONCELA PIERRETTE/BOGGIO YANN/PATTARONI LUCA/COUMANNE CAROLINE, *Les représentations sociales de la sanction pénale. Une étude des normes de justice dans les mentalités contemporaines*, Rapport au Fonds national suisse de la recherche scientifique, requête no 1114-055893.98, Genève, Université de Genève, Centre d'Etude, de Technique et d'Evaluation législatives (CETEL, Faculté de droit) ; Département de droit pénal, 2001.

ROBERT DOMINIQUE, *Transformations récentes de la législation fédérale sur la mise en liberté sous condition au Canada. Une lecture à la lumière des écrits sur la notion de risque*, in Criminologie, vol. 34, 1/2001, pp. 73-99.

ROBERT L./PETERS T., *Comment la réparation peut dépasser les murs de la prison. Commentaire du projet de « détention réparatrice » en Belgique*, in J.-P. Céré (sous la dir. de), Panorama européen de la prison, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002, pp. 141-183.

ROBIN ELIE, *La question pénitentiaire*, Paris, J. Bonhoure, 1873.

RODHAIN JEAN, *Le secret professionnel des aumôniers de prison*, in Le Journal des Tribunaux 76(1961), n° 4333, Bruxelles, pp. 579-580.

RODRIGUES ANABELA MIRANDA, *Consensualisme et prison*, in Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 147-171.

RONDI RICCARDO, *Il segreto professionale e le norme deontologiche*, in Il segreto professionale dell'avvocato e del notaio, Commissione ticinese per la formatione permanente dei giuristi, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Coll. latine, vol. 11, 2003, pp. 25-55.

ROSENCZVEIG JEAN-PIERRE/VERDIER PIERRE, *Le secret professionnel en travail social*, 2e éd., Paris : Jeunesse et droit ; Montrouge cedex : Dunod, 1999.

ROSSEL JEAN-EMMANUEL, *Le secret médical et le certificat d'arrêt de travail*, in Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle 36(1992), pp. 243-267 et pp. 328-351.

ROSSIER FABIENNE, *Le sursis selon le CP 2002*, in A. Kuhn/L. Moreillon/B. Viredaz/A. Willi-Jayet (Eds), Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 4, 2004, pp. 205-219.

ROSTAING CORINNE, *La dynamique des relations dans les prisons de femmes*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 123-133.

- *La relation carcérale. Identités et rapports sociaux dans les prisons de femmes*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.
- *Les relations entre surveillantes et détenues*, in C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (Eds), Approches de la prison, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 101-125.

ROTH ROBERT, *Nouveau droit des sanctions : premier examen de quelques points sensibles*, in Revue pénale suisse 121(2003), pp. 1-23.

- *Le secret du négociant (art.43 LBVM) : norme charnière ou norme inutile ?*, in Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid, Zurich, Schulthess, 2001, pp. 459-479.
- *La participation du condamné à l'exécution de sa sanction. Nouveau contrat social ou mercantilisation du droit ?*, in Pacte, Convention, Contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmindlin, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, pp. 359-378.
- *Origines de la libération conditionnelle*, in R. Roth (sous la dir. de), La libération conditionnelle : risque ou chance ? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1994, pp. 11-16.

(cité : ROTH 1994*a*)

- *Profils juridique et pénologique de la libération conditionnelle*, in R. Roth (sous la dir. de), La libération conditionnelle : risque ou chance ? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1994, pp. 17-30.

(cité : ROTH 1994*b*)

- *Perspectives*, in R. Roth (sous la dir. de), La libération conditionnelle : risque ou chance ? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1994, pp. 203-208.

(cité : ROTH 1994*c*)

- *La judiciarisation de l'exécution des peines*, in Présence et actualités de la Constitution dans l'ordre juridique, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1991, pp. 301-322.
- *Les sanctions administratives : un nouveau droit (pénal) sanctionnateur ?*, in J. Gauthier (sous la dir. de), Le rôle sanctionnateur du droit pénal, Enseignement de 3e cycle droit, Fribourg, éd. universitaires de Fribourg, 1985, pp. 125-153.
- *Pratiques pénitentiaires et théorie sociale. L'exemple de la prison de Genève (1825-1862)*, Genève, Librairie Droz, 1981.

ROTH ROBERT/ROBERT CHRISTIAN-NILS, *To build or not to build ?: matériaux pour une histoire de l'architecture pénitentiaire*, Genève, Travaux CETEL n° 11, 1980.

RÖTHLISBERGER ARTHUR, *Secret médical et secret de fonction*, in Revue de droit administratif et de droit fiscal 5/1982, pp. 325-339.

ROTILY MICHEL, *L'usage des drogues en milieu carcéral : approche épidémiologique*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 195-210.

ROUGET DIDIER, *La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Un outil essentiel de promotion de la dignité des personnes privées de liberté*, in Institut des Droits de l'Homme/Association pour la Prévention de la Torture, De la prévention des traitements inhumains et dégradants en France, Les Cahiers de l'Institut des droits de l'homme, n° 2, Lyon, Université catholique de Lyon, 1996, pp. 17-31.

ROUSSEAU ELISABETH, *La réforme de l'organisation des soins aux personnes détenues : les textes et leur mise en œuvre*, in Revue française des affaires sociales, « La santé en prison : un enjeu de santé publique », 1/1997, pp. 73-80.

RUCKSTUHL NIKLAUS, *Art. 321bis StGB: Das Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Coll. C: Strafrecht, Bd. 11, 1999.

RÜEDI BERNARD, *Nécessité, qualité et partage de l'information avec le patient*, in Les cahiers médico-sociaux 39(1995), Genève, pp. 377-380.

RÜETSCHI DAVID, *Ärztliches Standesrecht in der Schweiz - Die Bedeutung der Medizinisch-ethischen Richtlinien der schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften*, in Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart [etc.], Boorberg, 2002, pp. 231-255.

RUGGIERO VINCENZO, *Victor Hugo and Octave Mirabeau. A Sociological Analysis of Imprisonment in Fiction*, in Cahiers de défense sociale, 2003, pp. 245-261.

RUMPF JEAN-DANIEL, *Médecins et patients dans les hôpitaux publics : en particulier la responsabilité civile à raison des actes médicaux*, Thèse de licence et de doctorat, Lausanne, 1991.

RUSCHE GEORG/KIRCHHEIMER OTTO, *Peine et structure sociale*, texte présenté et établi par R. Lévy et H. Zander; trad. de l'allemand par F. Laroche, Paris, Cerf, Coll. Passages, 1994.

RUSSEK RENÉ, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, Thèse, Zurich, 1954.

RUTY PAUL, *Prison. Le cri du silence*, Paris, L'Harmattan, 2002.

❖

SALAS DENIS, *Repenser la prison après Surveiller et punir*, in Sociétés & Représentations, Michel Foucault : surveiller et punir : la prison vingt ans après, numéro dirigé par R. Lenoir avec le concours de M. Tsikounas et la coll. de J.-J. Yvorel, Les cahiers du CREDHESS, n° 3, novembre 1996, pp. 297-306.

SALCEDAS SUSANA, *Les peines privatives de liberté selon le CP 1937*, in A. Kuhn/L. Moreillon/B. Viredaz/A. Willi-Jayet (Eds), Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 4, 2004, pp. 119-132.

SALEILLES RAYMOND, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale* (réédition de la troisième éd. publiée en 1927, Paris, Librairie Félix Alcan), in R. Ottenhof (sous la dir. de), L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui, Ramonville Saint-Agne, Érès, Coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, pp. 9-191.

SCHAFFNER MARC-ANTOINE, *L'autorisation de révéler un secret professionnel. Contribution à l'étude de l'article 321 ch. 2 du Code pénal, concernant les professions médicales et juridiques*, Thèse de licence, Lausanne, 1952.

SCHEKTER MICHAEL/DE VEVEY P., *Milieu carcéral et toxicomanie*, in Courrier du médecin vaudois/Revue de la société vaudoise de médecine, n° 1, 1999, p. 6.

SCHERRER YVAN/BOILLAT MARCEL-ANDRE, *Les surveillants travaillant dans le système pénitentiaire vaudois sont-ils soumis à un risque d'exposition professionnelle à une maladie transmissible par le sang ?*, in Archives des maladies professionnelles et de médecine du travail, n° 2, 62(2001), pp. 83-91.

- *Vaccination contre l'hépatite B du personnel pénitentiaire vaudois : état de la question*, in Revue Médecine & Hygiène 58(2000), pp. 2167-2174.

SCHILT LORENZ, *La prison pour protéger la société et pour soigner le patient psychique délinquant : un pari possible ?*, in Patients psychiques en prison, Actes des journées d'études du GRAAP des 3 et 4 juin 1999, Lausanne, mai 2000, pp. 32-36.

SCHMELCK ROBERT/PICCA GEORGES, *Pénologie et droit pénitentiaire*, Paris, Cujas, 1967.

SCHNEEBERGER GEORGESCU REGINE, *Der Vollzug ambulanter strafrechtlicher Massnahmen in der Schweiz - Ein Stück mit sechs Protagonisten und noch mehr Problemen*, in A. Baechtold/A. Senn, Brennpunkt Strafvollzug / Regards sur la prison, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 2, 2002, pp. 91-107.

- *Betreuung im Strafvollzug. Das Betreuungspersonal zwischen Helfen und Strafen - eine empirische Untersuchung in einem Frauengefängnis*, Berne, Haupt, 1996.

SCHOENENWEID ANDRE, *Le tuteur face aux informations confidentielles*, in Revue du droit de tutelle 1/1986, pp. 133-243.

SCHÖCH HEINZ, *Schweigen und Offenbaren von Therapeuten im Straf- und Maßregelvollzug Deutschlands*, in F. Riklin (Ed.), Schweigen oder Offenbaren? Rechte und Pflichten der Mitarbeitenden im Strafverfahren und im Vollzug / Se taire ou divulguer des informations? Droits et devoirs des personnes travaillant dans le domaine de la justice pénale et de l'exécution des sanctions, Lucerne, Caritas, 2005, pp. 49-56.

SCHÖNLE HERBERT/KERNEN JEAN-PHILIPPE, *Rapport sur le secret professionnel en droit suisse*, in Le secret et le droit (Journées libanaises), Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXV, Paris, Dalloz, 1976, pp. 153-178.

SCHUBARTH MARTIN, *Zur Rechtsnatur des vorläufigen Strafvollzuges*, in Revue pénale suisse 96(1979), pp. 295-311.

SCHUH JÖRG, *Der Stellenwert der Gesundheit im Strafvollzug*, in Bulletin de criminologie 2/1989, pp. 85-103.

- *Possibilités et limites des traitements en milieu carcéral*, in M. Gottraux/M. Bornicchia (textes réunis et présentés par), Prisons, droit pénal: le tournant ?, Lausanne : Ed. d'en bas ; Genève : Ed. I.E.S, 1987, pp. 170-179.
- *Freiheitsstrafe - Heute. Versuch einer Einfühlung*, in J. Schuh (Ed.), Aktuelle Probleme des Straf- und Massnahmenvollzugs, Grüsch, Rüegger, 1987, pp. 11-48

SCHULTZ HANS, *La place et le rôle des Directives de l'Académie suisse des sciences médicales*, in Les cahiers médico-sociaux 29(1985), Genève, pp. 261-266.

- *Die Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss StrGB Art. 320*, in Kriminalistik 8/1979, pp. 369-381.

SCHUMANN VERA, *Umgang mit Perspektivlosigkeit : die Sicht des Psychiaterin*, in V. Dittman/A. Kuhn/R. Maag/H. Wiprächtiger (Eds), Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung / Entre médiation et perpétuité. Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité, Zurich, Rüegger, 2002, pp. 223-238.

SCHÜRMANN FRANK, *Strafvollzug und europäische Menschenrechtskonvention*, in A. Baechtold/A. Senn, Brennpunkt Strafvollzug / Regards sur la prison, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 2, 2002, pp. 255-267.

SCHÜRMANN PRISKA, *L'exécution des peines, une tâche commune à la Confédération et aux cantons. Incidences dans la pratique*, in Informations sur l'exécution des peines et mesures 3/1998, pp. 3-15.

SCHURMANS MARIE-NOËLLE/UMMEL MARINETTE, *Le Centre de sociothérapie pénitentiaire "La Pâquerette"*, Projet pilote, Rapport d'évaluation, février 1991.

SCHRAG C., *Crimeville : A sociometric Study of a Prison Community*, Thèse, University of Washington, Seattle, 1950.

SCHWAAB JEAN JACQUES, *Devoirs de discrétion et obligation de témoigner et de produire des pièces. Etude de droit fédéral et de procédure vaudoise*, Thèse, Lausanne, 1976

SCHWARTZ BARRY, *Deprivation of Privacy as a « functional Prerequisite » : the Case of the Prison*, in The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, n° 2, 63(1972), pp. 229-239.

SCHWEITZER MARC G., *Questions théoriques posées par la mise en oeuvre des dispositifs de soins obligés*, in Les soins obligés ou l'utopie de la triple entente, Actes du XXXIII^{e} Congrès français de criminologie, Association française de criminologie, Société belge de criminologie, Université Lille II, Paris, Dalloz, 2002, pp. 61-69.

SCICLUNA HENRY, *Droits des patients dans les textes du Conseil de l'Europe*, in Les petites affiches 61(1997), pp. 31-32.

SCYBOZ GEORGES/GILLIERON PIERRE-ROBERT/SCYBOZ PIERRE, *Code civil & Code des obligations annotés*, 7e éd., Lausanne : Payot ; Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2004.

SEELMANN KURT, *Strafrecht AT : Kurzlehrbuch zum allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafrechts*, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, 1999.

SELLIN THORSTEN, *Un regard sur l'histoire de la prison*, in Les nouvelles méthodes de restriction de la liberté dans le système pénitentiaire, Actes du deuxième Colloque international de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Ulm, 17-22 avril 1967, pp. 97-108.

SENN GROMELLE ARIANE/DE AGAZIO MARIE-THERESE, *Le traitement pénitentiaire: la question de la participation du surveillant à sa mise en œuvre*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 1/1999, pp. 55-80.

SENON JEAN-LOUIS, *Psychiatrie et prison : toujours dans le champ de l'actualité*, in Annales médico-psychologiques 162(2004), pp. 646-652.

- *Histoire de la psychiatrie en milieu pénitentiaire, de Pinel à la loi du 18 janvier 1994*, in Annales médico-psychologiques 156(1998), pp. 161-178.
(cité: SENON 1998*a*)
- *Psychiatrie de liaison en milieu pénitentiaire*, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Médecine et société, 1998.
(cité: SENON 1998*b*)

SEYLER MONIQUE, *La consommation dans les établissements pénitentiaires : de la survie à la parole retrouvée*, CESDIP, Coll. Déviance et contrôle social, n° 41, 1985.

- *La banalisation pénitentiaire ou le vœu d'une réforme impossible*, in Déviance et Société, vol. 4, 2/1980, pp. 131-147.

SHAH SALEEM A., *Dangerosité : quelques considérations sur les plans légal, politique et de la santé mentale*, in Déviance et Société, vol. 5, 4/1981, pp. 371-382.

SIEBEN ALEXANDER, *Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidgenössischen Strafgesetzbuchs*, Thèse, Berne, 1943.

SIEBER JOSEF, *Der Begriff des Beamten im schweizerischen Strafgesetzbuch*, in Revue pénale suisse 82(1966), pp. 78-82.

- *Der Begriff des Beamten im Schweizerischen Strafgesetzbuch*, Thèse, Fribourg, 1962.

SIEGHART PAUL, *La protection du secret confié : vers une approche harmonisée des règles juridiques régissant le secret professionnel*, in Secret et transparence : l'individu, l'entreprise et l'administration, Actes du 17e Colloque de droit européen, Saragosse, 21-23 octobre 1987, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Division des publications et des documents, 1988, pp. 116-139.

SIGUIER MICHELE, *De l'intimité à la protection judiciaire de la jeunesse*, in Connexions, n° 60 « Le secret », 2/1992, pp.137-146.

SIM JOE, *Medical power in prisons: the prison medical service in England 1774-1989*, Milton Keynes-Philadelphia, Open University Press, 1990.

SIMMEL GEORG, *Secret et sociétés secrètes*, Strasbourg, Circé, Coll. Poche, 1991.

SIMONET AURELIE, *Le secret rédactionnel entre droit et éthique*, in M. Killias (sous la dir. de)/M.-E. Steinauer (en coll. avec), L'éthique et le droit. Discordances et points de rencontre, Enseignement de 3e cycle romand de droit, Fribourg, éd. universitaires de Fribourg, 2000, pp. 43-66.

SMITH GRAHAM, *Préparation des détenus à leur libération*, in Actes de la 12e Conférence des Directeurs d'administration pénitentiaire (CDAP), Strasbourg, 26-28 novembre 1997, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 117-132.

SNACKEN SONJA, *« Normalisation » dans les prisons: concept et défis. L'exemple de l'Avant-projet de loi pénitentiaire belge*, in O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence ; Bruxelles : Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 133-152.

- *Peines de longue durée et délinquants violents*, in Actes de la 12e Conférence des Directeurs d'administration pénitentiaire (CDAP), Strasbourg, 26-28 novembre 1997, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 45-82.

SONNENBERG CAROLE, *L'exécution des peines privatives de liberté et la libération conditionnelle selon le CP 1937*, in A. Kuhn/L. Moreillon/B. Viredaz/A. Willi-Jayet (Eds), Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 4, 2004, pp. 147-163.

SORDET JOËLLE, *La peine privative de liberté selon le CP 2002*, in A. Kuhn/L. Moreillon/B. Viredaz/A. Willi-Jayet (Eds), Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 4, 2004, pp. 133-145.

SOULAS DE RUSSEL D., *Les « acteurs péripénitentiaires permanents ». Statut, fonctions et expériences à l'exemple de la R. F.A.*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 1/2003, pp. 99-121.

SPAHR STEPHANE, *Le secret médical en matière d'assurance-maladie*, in Aspects du droit médical, Actes du Séminaire organisé par la CUSO, Fribourg, éd. universitaires de Fribourg, 1987, pp. 117-126.

SPIELMANN ALPHONSE, *Les détenus et leurs droits (de l'homme)*, in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 777-788.

SPILLMANN FRANZ-MARTIN, *Begriff und Unrechtstatbestand der Verletzung der Amtsgeheimnisse nach Artikel 320 des Strafgesetzbuches*, Thèse, Zurich, 1984.

SPINSANTI S., *Il segreto nel rapporto con il paziente sieropositivo e AIDS conclamato. Criteri etici di orientamento*, in Il segreto tra diritto dell' individuo ed interesse della collettività. Il paziente sieropositivo ed AIDS conclamato, Roma, CIC Edizioni Internazional, 1997, pp. 31-37.

SPRUMONT DOMINIQUE, *Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 27-43.

- *Les droits des patients dans la législation cantonale romande : l'exemple de la règle du consentement*, in Revue Médecine & Hygiène 58(2000), pp. 2016-2018.
- *Droit des patients : survol de la législation*, in Plaidoyer 4/1998, pp. 41-46.
- *Regard critique sur les rapports entre éthique et droit médical*, in Les cahiers médico-sociaux 40(1996), Genève, pp. 255-268.
- *La protection des sujets de recherche, notamment dans le domaine médical*, Thèse, Fribourg, 1993.

STASTNY CHARLES/TYRNAUER GABRIELLE, *Who rules the Joint?*, Lexington, Massachusetts [etc.], LexingtonBooks, 1982.

STAUB LEO/BEUTTER CHRISTIAN, *Die ISO-9000-Zertifizierung von Anwaltskanzleien und das Anwaltsgeheimnis*, in Pratique juridique actuelle 12/1998, pp. 1403-1409.

STAUFFER VINCENT, *Les secrets et la détermination des liens biologiques entre individus par des tests génétiques*, in P. Zen-Ruffinen (Ed.), Les secrets et le droit, Enseignement de 3e cycle romand de droit, Zurich, Schulthess, 2004, pp. 167-197.

STAUFFER VINCENT/PERRENOUD JEAN, sous la dir. de GUILLOD OLIVIER, *Devoir de fonction et secret professionnel. Droits et obligations du médecin hospitalier*, rapport de l'Institut de droit de la santé, décembre 2003 (texte non publié).

STEFANI G./LEVASSEUR G./JAMBU-MERLIN R., *Criminologie et science pénitentiaire*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1982.

STEFFEN GABRIELLE, *Psychiatrie: le poids accordé à la décision du patient*, in Revue suisse de droit de la santé 4/2004, pp. 35-50.

STEINBOCK BONNIE/ARRAS JOHN D./LONDON ALEX JOHN (Eds), *Ethical Issues in Modern Medicine*, 6e éd., New York, McGraw-Hill, 2003.

STETTLER MARTIN, *L'interdiction découlant de la condamnation à une peine privative de liberté*, in Revue du droit de tutelle 3/1980, pp. 81-95.

STÖVER HEINO, *Drug and HIV/AIDS Services in European Prisons*, Oldenburg, Bibliotheks- und Informationssystem der Universität Oldenburg, Coll. Gesundheitsförderung im Justizvollzug, Bd. 8, 2002.

STRASSER FRANÇOIS-ROGER, *La libération conditionnelle entre le rite et l'innovation*, in R. Roth (sous la dir. de), La libération conditionnelle : risque ou chance ? La pratique en 1990 dans les cantons romands, Bâle [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, 1994, pp. 137-167.

STRATENWERTH GÜNTER, *Zur Rolle der sog. „Fachkommissionen"*, in Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festscrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburstag, Zurich, Schulthess, 2002, pp. 887-895.

(cité: STRATENWERTH 2002*a*)

- *Das künftige System der Sanktionen im Erwachsenenstrafrecht - ein kriminalpolitischer Fortschritt ?*, in V. Dittman/A. Kuhn/R. Maag/H. Wiprächtiger (Eds), Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung / Entre médiation et perpétuité. Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité, Zurich, Rüegger, 2002, pp. 371-384.

(cité: STRATENWERTH 2002*b*)

- *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II : Straftaten gegen Gemeininteressen*, 5e éd., Stämpfli, Berne, 2000.
- *Die Freiheitsentziehenden Massnahmen im bundesrätlichen Entwurf für die Revision des Allgemeinen Teils des StGB*, Revue pénale suisse 117(1999), pp. 277-289.

STROUN JACQUES-MICHEL/BERTRAND DOMINIQUE, *Médecin, secret médical et justice*, in D. Bertrand/T.-W. Harding/R. La Harpe/M. Ummel (sous la dir. de), Médecin et droit médical. Présentation et résolution de situations médico-légales, 2e éd., Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène, 2003, pp. 165-171.

STUDER JOSEF, *Amtsgeheimnis und Betreibungsauskunft*, in J.-B. Ackermann (Ed), Strafrecht als Herausforderung, Zurich, Schulthess, 1999, pp. 345-357. (cité: *Betreibungsauskunft*)

SUEUR C., SIDA, Prison. Revue de littérature, état des lieux, perspectives, in L'évolution psychiatrique, vol. 58, 1/1993, pp. 113-142.
SURBER RETO ANDREA, *Das Recht der Strafvollstreckung*, Thèse, Zurich, 1998.
SUTTER PATRICK, *Der Bundesbehörden bald letztes kafkaeskes Schloss. EU-Verordnung und Kantone bringen den Bund unter Zugzwang*, in Pratique juridique actuelle 3/2002, pp. 294-299.
SYKES GRESHAM M., *The Society of captives. A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton, Princeton University Press, 1958.
SYR JEAN-HERVE, *Le contrôle dans les prisons : revue de littérature*, in C. Faugeron/A. Chauvenet/P. Combessie (Eds), Approches de la prison, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 245-270.
- *Surveillant de prison : une profession en devenir*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2/1992, pp. 277-292.
- *Les prisons françaises en 1990 : où en est la banalisation pénitentiaire ?*, in Problèmes actuels de science criminelle, Institut de sciences pénales et de criminologie, Presses universitaires d'Aix-Marseille, vol. IV, 1991, pp. 65-83.
- *Punir et réhabiliter*, Paris, Economica, 1990.
SZABO DENIS, *Le système carcéral canadien et le respect (ou l'irrespect) des droits de l'homme*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 2/1999, pp. 208-220.

❖

TAG BRIGITTE, *Die Verschwiegenheit des Arztes im Spiegel des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung des Kantons Zurich*, in Revue pénale suisse 122(2004), pp. 1-20.
TANQUEREL THIERRY, *Le secret de fonction*, in T. Tanquerel/F. Bellanger (Eds), L'administration transparente. Actes de la IV[e] Journée de droit administratif organisée à Genève le 7 mars 2001, Genève [etc.], Helbing & Lichtenhahn, Coll. genevoise, série droit administratif, 2002, pp. 43-67.
TERRA JEAN-LOUIS, *Prévention du suicide des personnes détenues. Evaluation des actions mises en place et propositions pour développer un programme complet de prévention : rapport de mission à la demande du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et du Ministre de la Santé, de la Famille et des Personnes Handicapées*, Paris, France, 2003.
THORMANN PHILIPP/VON OVERBECK ALFRED, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, Einführung und Anwendung*, Zurich, Schulthess & Co., 1941.
THOUVENIN DOMINIQUE, *Le secret médical et l'information du malade*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1982.
THYS PIERRE, *La pratique de la liberté surveillée. Eléments de méthodologie dans l'aide judiciaire imposée aux délinquants*, Paris, L'Harmattan, Coll. Technologie de l'action sociale, 1998.
TOBLER-STÄMPFLI E., *Seelsorge im Strafvollzug*, in Bulletin de criminologie 2/1987, pp. 16-27.
TOMAŠEVSKI KATARINA, *Foreigners in prison*, Helsinki, Heuni, 1994.
- *Prison health. International standards and national practices in Europe*, Helsinki, Heuni, 1992.
TOURNIER PIERRE, *Les systèmes de libération sous condition dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Entre principe d'égalité et individualisation, le pragmatisme*, in Champ pénal, vol. 1 (2004), http://champpenal.revues.org/document37.html (dernière consultation : 31.12.2005).
- *Au-delà des taux de détention*, in J.-P. Céré (sous la dir. de), Panorama européen de la prison, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002, pp. 105-118.
- *Les composantes de l'inflation carcérale*, in Prisons en société. Les conditions de détention ; quel sens donner à la peine ?, Paris, Institut des Hautes Études de la Sécurité Intérieure, Les cahiers de la sécurité intérieure 31(1998), pp. 35-51.
TRECHSEL STEFAN, *Taking care of detainees in the light of human rights*, in P.-H. Bolle/D. Yarsuvat (sous la dir. de), Problèmes pratiques et nouvelles perspectives dans le domaine pénitentiaire, Actes des Journées de Galatasaray, Istanbul/Turquie, 4-7 septembre 2002, Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Université de Galatasaray, 2004, pp. 95-122.
(cité : TRECHSEL 2004*a*)
- *Von der Initiative zum Strafgesetz. Gedanken zur Gestaltung der lebenslangen Verwahrung im StGB*, in Jusletter du 17 mai 2004.
(cité : TRECHSEL 2004*b*)
- *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, 2e éd., Zurich, Schulthess, 1997.
- *Rapport sur les droits de l'homme des personnes privées de liberté*, 7[e] Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990.
TROVERO FLORIANE/BESTARD LAURENCE, *L'accès libre au dossier médical : une vraie fausse réforme ? Plaidoyer pour le maintien d'une communication indirecte*, in Revue Médecine et droit. Information éthique et juridique du praticien 46(2001), pp. 14-20.

TUBEX HILDE/SNACKEN SONJA, *L'évolution des longues peines. Aperçu international et analyse des causes*, in Déviance et Société, vol. 19, 2/1995, pp. 103-126.

TURIAN CLAUDE, *Le secret de fonction du personnel administratif et de l'éducateur spécialisé*, in Revue internationale de criminologie et de police technique 3/1970, pp. 197-200.

TULKENS FRANÇOISE, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de détention : ses implications pour les professionnels chargés de l'exécution des peines*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 63-91.

- *Droits de l'homme et prison. La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, in J.-P. Céré (sous la dir. de), Panorama européen de la prison, Paris, L'Harmattan, Coll. Sciences criminelles, 2002, pp. 29-74.

(cité : TULKENS F. 2002*a*)

- *Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, in O. De Schutter/D. Kaminski (sous la dir. de), L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence ; Bruxelles : Bruylant, Coll. La pensée juridique, 2002, pp. 249-285.

(cité : TULKENS F. 2002*b*)

TULKENS HANS H., *La notion de traitement dans les règles pénitentiaires européennes*, in Bulletin d'information pénitentiaire, n° 11, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1988, pp. 8-19.

❖

UBEL PETER A./ZELL MARGARET M./MILLER DAVID J./FISCHER GARY S./PETERS-STEFANI DARIEN/ARNOLD ROBERT M., *Elevator Talk : Observational Study of Inappropriate Comments in a Public Space*, in The American Journal of Medicine 99(1995), pp. 190-194.

UMMEL MARINETTE/RESTELLINI JEAN-PIERRE, *Les instances de levée du secret médical en Suisse*, in Revue suisse de jurisprudence 90 (1994), pp. 361-365.

URBANIOK FRANK, *Gibt es unbehandelbare Täter?*, in V. Dittman/A. Kuhn/R. Maag/H. Wiprächtiger (Eds), Zwischen Mediation und Lebenslang. Neue Wege in der Kriminalitätsbekämpfung / Entre médiation et perpétuité. Nouvelles voies dans la lutte contre la criminalité, Zurich, Rüegger, 2002, pp. 149-169.

VACARIE ISABELLE, *Le traitement informatique des données de santé. Questions juridiques et éthiques*, in Journal de Médecine légale/Droit médical, n^{os} 7-8, 33(1990), pp. 505-515.

VACHERET MARION, *Les visites familiales privées au Canada, entre réinsertion et contrôle accru : portrait d'un système*, in Champ pénal, vol. 2 (2005), http://champpenal.revues.org/document74.html (dernière consultation : 31.12.2005).

- *Les dynamiques de pouvoir dans un modèle de primauté du droit. Analyse du système carcéral canadien*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 1/2004, pp. 29-42.
- *Relations sociales en milieu carcéral. Une étude des pénitenciers canadiens*, in Déviance et Société, vol. 26, 1/2002, pp. 83-104.
- *L'univers des surveillants de prison : de la dévalorisation à l'atomisation*, in Revue de droit pénal et de criminologie 81(2001), pp. 532-559.

(cité : VACHERET 2001*a*).

- *La société carcérale. Une étude de la vie quotidienne et des interactions sociales dans les pénitenciers canadiens*, Thèse de doctorat en criminologie, École de criminologie, Montréal, 2001.

(cité : VACHERET 2001*b*).

VACHERET MARION/DOZOIS JEAN/LEMIRE GUY, *Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie : la notion de risque*, in Déviance et Société, vol. 22, 1/1998, pp. 37-50.

VALLOTTON ANDRE, *L'initiative populaire pour une vraie perpétuité : les méfaits du sentiment d'insécurité en démocratie directe*, in Champ pénal, vol. 1 (2004), http://champpenal.revues.org/document38.html (dernière consultation : 31.12.2005).

- *Discipline ? Quelle discipline ? Un pamphlet politiquement incorrect au sujet de l'institution totale*, in Revue suisse de criminologie 1/2003, pp. 35-38.
- *La place de la justice réparatrice et des nouveaux modes de résolution des conflits dans la justice contemporaine*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 1/2001, pp. 26-34.
- *Projet vaudois pour un meilleur traitement des patients psychiques délinquants*, in Patients psychiques en prison, Actes des journées d'études du GRAAP des 3 et 4 juin 1999, Lausanne, mai 2000, pp. 57-61.

(cité : VALLOTTON 2000*a*)

- *Le travail dans le contexte du traitement pénitentiaire contemporain*, in Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 1/2000, pp. 69-81.
(cité : VALLOTTON 2000*b*)
- *De la prison coercitive à la prison normative*, in Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 133-140.
- *Pise en charge des délinquants sexuels*, in Plaidoyer 3/1998, pp. 43-44.
- *Les étrangers en prison : mythe ou réalité ?*, in S. Bauhofer/N. Queloz (Eds), Ausländer, Kriminalität und Strafrechtspflege/ Etrangers, criminalité et système pénal, Zurich, Rüegger, 1993, pp. 311-322.

VAN DEN ASSEM BEN, *Dignity through respect: Canada's approach to protecting the human rights of prisoners*, in P.-H. Bolle (sous la dir. de), Droits fondamentaux et détention pénale, Actes du septième Colloque international de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Neuchâtel/Suisse, 3-7 octobre 1992, pp. 38-52.

VAN DIJK JAN J. M., *Penal Sanctions and the Process of Civilization*, in Annales internationales de criminologie, vol. 27, 1989, pp. 191-204.

VAN KALMTHOUT ANTON M., *Das Personal im ambulanten Sanktionenvollzug : welche Aufgaben, welche Herausforderungen ?*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 7-18.

VARAUT JEAN-MARC, *Un avocat devant la prison*, in Revue pénitentiaire et de droit pénal 2/2000, pp. 177-184.
- *La prison, pour quoi faire ?*, Paris, La Table ronde, 1972.

VARONE CHRISTIAN, *Médecine en détention*, in Courrier médical valaisan, n° 33, 2005, pp. 16-17.

VASSEUR VERONIQUE, *Médecin-chef à la prison de la Santé*, Paris, Le Cherche-Midi, 2000.

VEIL CLAUDE, *Evolution sur la longue durée du système de soins, motivations et résistance*, in C. Veil/D. Lhuilier (sous la dir. de), La prison en changement, Ramonville Saint-Agne, Erès, Coll. Trajets, 2000, pp. 255-275.

VERNIER DOMINIQUE, *Peines perdues. Faut-il supprimer les prisons ?*, Paris, Fayard, 2002.

VIGOD SIMONE N./BELL CHAIM M./BOHNEN JOHN M. A., *Privacy of patients' information in hospital lifts: observational study*, in British Medical Journal 327(2003), pp. 1024-1025.

VILLE RENAUD, *Une politique d'incapacitation à l'égard des pervers sexuels en Suisse ? Quelques remarques sur son potentiel préventif et ses effets sur le système pénitentiaire*, in J. Schuh/M. Killias (Eds), Sexual delinquenz / Délinquance sexuelle, Coire, Rüegger, 1991, pp. 331-367.

VILLEY RAYMOND, *Histoire du secret médical*, Paris, Seghers, Coll. Médecine et Histoire, 1986.

VIRET BERNARD, *A propos du secret médical*, in Revue suisse d'assurances 40-41(1972/1973), pp. 225-236.

VOGT KARL-HEINZ, *Personalrekrutierung im Freiheitsentzug - Glücksspiel oder systematische Auswahl ?*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 209-217.
- *Fuir ou tenir tête ? Adaptation, résistance…*, in Travailler avec des délinquants - profession et vocation, Compte-rendu 1/92, Lucerne, Caritas, 1992, pp. 37-42.

VON ALLMEN M./ZIMMERMANN E., *Médecins et patients détenus. Aspects sociologiques de la médecine pénitentiaire à la prison genevoise de Champ-Dollon*, in Revue médicale de la Suisse romande, Tome 105, 1985, pp. 73-83.

VONLANTHEN ROTH ESTHER, *Médecine pénitentiaire et éthique médicale*, Thèse de médecine, Genève 1997.

VOYE LILIANE, *Secret et systèmes abstraits : le défi des « affaires »*, in A. Petitat (sous la dir. de), Secret et lien social, Actes du colloque « Secret et société », Université de Lausanne, juin 1997, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 79-92.

WACQUANT LOÏC, *Des « ennemis commodes ». Etrangers et immigrés dans les prisons d'Europe*, in Actes de la recherche en sciences sociales, n° 129, 1999, pp. 63-67.
(cité: WACQUANT 1999*a*)
- *Les prisons de la misère*, Paris, Raisons d'Agir, 1999.
(cité: WACQUANT 1999*b*)

WAEBER MICHEL, *Médecin de prison : rêves et réalités*, in Courrier médical valaisan, n° 33, 2005, pp. 22-23.

WALDMANN PETER, *Zielkonflikte in einer Strafanstalt*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1968.

WALTER JEAN-PHILIPPE, *La loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données*, in Pratique juridique actuelle 1/1993, pp. 52-57.

WAREMBOURG-AUQUE FRANÇOISE, *Réflexions sur le secret professionnel*, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2/1978, pp. 237-256.

WASEK ANDRZEJ, *Le consensualisme dans les prisons: expériences polonaises récentes*, in Nouvelles orientations du régime pénitentiaire, Actes des Journées internationales de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Lisbonne/Portugal, 21-25 mai 1999, pp. 183-189.

WASEM LAURENCE/BERNHARD CLAUDE/BOILLAT MARCEL-ANDRE, *Santé et sécurité au travail à l'exemple du personnel du service pénitentiaire du canton de Vaud*, in N. Queloz/F. Riklin/P. de Sinner/F. Bütikofer Repond/A. Senn (Eds), Das Personal im Sanktionenvollzug : Auftrag und Herausforderung / Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 3, 2003, pp. 199-207.

WEBER MAX, *Economie et société*, Paris, Pocket, Coll. Agora, 2003.

WEBSTER CHERYL MARIE, *The (in)effectiveness of statutory norms for the provision of mandatory prison labour*, in Quelques questions-clés de la politique pénitentiaire actuelle, Actes du VIII[e] Colloque international de la Fondation internationale pénale et pénitentiaire, Fuchu-Tokyo/Japon, 16-20 janvier 1998, pp. 181-247.

WEISS IRMA, Schweizerischer Straf- und Massnahmenvollzug der Gegenwert in der Perspektive moderner poenologischer Behandlungsmethoden, Thèse, Zurich, 1970.

WEITZ MARK/DRUMMOND NEIL/PRINGLE DOROTHY/FERRIS LORRAINE E./GLOBERMAN JUDITH/HÉBERT PHILIP/TRACY C. SHAWN/COHEN CAROLE, *In Whose Interest ? Current Issues in Communicating Personal Health Information: A Canadian Perspective*, in Journal of Law, Medicine & Ethics 31(2003), pp. 292-301.

WELZER-LANG DANIEL/MATHIEU LILAN/FAURE MICHAËL, *Sexualités et violences en prison : ces abus qu'on dit sexuels*, 2[e] éd., Lyon, Observatoire international des prisons, Aléas, 1997.

WENER RICHARD, *L'impact de l'environnement sur l'agression en milieu carcéral*, in Déviance et Société, vol. 13, 4/1989, pp. 355-365.

WERLY STEPHANE, *La protection du secret rédactionnel, analyse de l'article 27[bis] CP*, in P. Zen-Ruffinen (Ed.), Les secrets et le droit, Enseignement de 3[e] cycle romand de droit, Zurich, Schulthess, 2004, pp. 353-370.

WERNER GEORGES, *Le secret professionnel*, Thèse, Genève, Kündig, 1907.

WERREN ANDREAS, *Der individuelle Vollzugspan in der Schweiz*, in P. de Sinner/N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/R. Brossard (Eds), Der individuelle Vollzugsplan / Le plan individuel d'exécution des sanctions, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 7, 2005, pp. 129-137.

WICKER HANS-RUDOLF, *Ethnologische Überlegungen zu einem Strafvollzug im Zeitalter zunehmender transnationaler Mobilität*, in A. Baechtold/A. Senn, Brennpunkt Strafvollzug / Regards sur la prison, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 2, 2002, pp. 223-237.

WICKI LOUIS, *Grenzen der ärztlichen Geheimhaltungspflicht*, Thèse, Zurich, 1972.

WILDHABER LUZIUS, *Nouvelle jurisprudence concernant l'art. 8 CEDH*, in Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Neuchâtel : Université de Neuchâtel ; Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1992, pp. 97-106.

WIRTHLIN MARTIN, *Die Beurteilung der Gemeingefährlichkeit durch die Fachkommissionen*, in Revue de la société des juristes bernois 139(2003), pp. 415-441.

WYDRA BERNHARD, *Das Arztgeheimnis im Vollzugsalltag : einige Überlegungen zur Situation im deutschen Justizvollzug*, in N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/P. de Sinner (Eds), Medizin und Freiheitsentzug / Médecine et détention, Berne, Stämpfli, Coll. Criminalité, Justice et Sanctions, vol. 1, 2002, pp. 107-115.

YVOREL JEAN-JACQUES, *De la « folie » à la « prison »*, in Sociétés & Représentations, Michel Foucault : surveiller et punir : la prison vingt ans après, numéro dirigé par R. Lenoir avec le concours de M. Tsikounas et la coll. de J.-J. Yvorel, Les cahiers du CREDHESS, n° 3, novembre 1996, pp. 100-110.

❖

ZEDNER LUCIA, *Women, Crime, and Penal Responses : A Historical Account*, in M. Tonry (Ed.), Crime and Justice: a Review of Research, Chicago, University of Chicago Press, vol. 14, 1991, pp. 307-362.

ZEMPLENI ANDRAS, *Secret et sujétion. Pourquoi ses « informateurs » parlent-ils à l'ethnologue ?*, in Traverses, n[os] 30-31, Paris, Centre G. Pompidou, 1984, pp. 102-115.

ZENGER CHRISTOPH ANDREAS, *Arztgeheimnis und Aids : Welche Rechtsgute gilt es zu schützen ?*, Folia Bioethica, n° 13, Genève, Société suisse d'éthique biomédicale, 1993.

ZIMMERMANN ERWIN, *Les rapports de vérité entre médecins et patients-détenus*, in Les cahiers médico-sociaux 29(1985), Genève, pp. 237-244.

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/CASA STEFANO/GRISEL CLEMENCE, *Secret bancaire et obligation administrative de collaborer. Une rivalité traditionnelle sous un jour changeant*, in P. Zen-Ruffinen (Ed.), Les secrets et le droit, Enseignement de 3e cycle romand de droit, Zurich, Schulthess, 2004, pp. 209-246.

ZUPPI ALBERTO L., *L'accès de la personne fichée au dossier médical*, in P. Tercier (Ed.), Aspects du droit médical, Enseignement de 3e cycle romand de droit, Fribourg, éd. universitaires de Fribourg, 1987, pp. 127-129.

Ouvrages et articles de méthodologie

BERTHIER NICOLE, *Les techniques d'enquête. Méthode et exercices corrigés*, Paris, Armand Colin, 1998.

BLANCHET ALAIN, *Dire et faire dire : l'entretien*, Paris, Armand Colin, 1991.

BLANCHET ALAIN/GOTMAN ANNE, *L'enquête et ses méthodes : l'entretien*, Paris, Nathan, 2001.

BLANCHET A./GHIGLIONE R./MASSONNAT J./TROGNON A., *Les techniques d'enquête en sciences sociales*, Paris, Dunod, Bordas, 1987.

CANNELL CHARLES F./KAHN ROBERT L., *L'interview comme méthode de collecte*, in L. Festinger/D. Katz (sous la dir. de), Les méthodes de recherche dans les sciences sociales, Tome 2, 3e éd. Paris, Presses universitaires de France, Coll. Psychologie d'aujourd'hui, 1974, pp. 385-436.

DE KETELE JEAN-MARIE/ROEGIERS XAVIER, *Méthodologie du recueil d'informations. Fondements des méthodes d'observations, de questionnaires, d'interviews et d'études de documents*, 3e éd., Paris, Bruxelles, De Boeck Université, 1996.

GHIGLIONE RODOLPHE/MATALON BENJAMIN, *Les enquêtes sociologiques. Théories et pratique*, Paris, Armand Colin, 1978.

KAUFMANN JEAN-CLAUDE, *L'entretien compréhensif*, Paris, Nathan, 2001.

LIKERT RENSIS/LIPPITT RONALD, *L'utilisation de la science sociale*, in L. Festinger/D. Katz (sous la dir. de), Les méthodes de recherche dans les sciences sociales, Tome 2, 3e éd., Paris, Presses universitaires de France, Coll. Psychologie d'aujourd'hui, 1974, pp. 663-739.

MACE GORDON, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*, 2e éd., Paris, Bruxelles, De Boeck Université, 1997.

MONTANDON CLEOPATRE, *Problèmes éthiques d'une recherche en sciences sociales : le cas d'une étude en milieu carcéral*, in Revue suisse de sociologie 2/1983, pp. 215-233.

QUELOZ NICOLAS, *La notion de terrain et le recueil des données en sociologie*, in Cahiers de l'ISSP n° 5, 1984, pp. 121-155.

QUIVY RAYMOND/VAN CAMPENHOUDT LUC, *Manuel de recherche en sciences sociales*, 2e éd., Paris, Dunod, 2002.

Travaux préparatoires cités

COMMISSION D'EXPERTS, *Avant-projet de Procédure civile suisse (PCS)*, juin 2003.

COMMISSION D'EXPERTS, *Rapport accompagnant l'avant-projet de Loi fédérale sur la procédure civile suisse (PCS)*, juin 2003.

COMMISSION D'EXPERTS POUR LA REVISION TOTALE DU DROIT DE LA TUTELLE, *Protection de l'adulte. Rapport relatif à la révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, juin 2003.

COMMISSION D'EXPERTS POUR LA REVISION TOTALE DU DROIT DE LA TUTELLE, *Avant-projet de révision du code civil (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, juin 2003.

CONSEIL FEDERAL, *Message à l'appui d'un projet de code pénal suisse* du 23 juillet 1918 ; FF 1918 IV 1.

CONSEIL FEDERAL, *Message à l'appui d'un projet de loi révisant partiellement le code pénal* du 1er mars 1965 ; FF 1965 I 569.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs* du 21 septembre 1998 ; FF 1999 1787.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables »* du 4 avril 2001 ; FF 2001 3265.

CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003* du 29 juin 2005 ; FF 2005 4425.

CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 (mise en œuvre de l'art. 123a de la Constitution fédérale sur l'internement à vie pour les délinquants jugés très dangereux)*, pas encore publié à la FF.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes* du 25 avril 1990 ; FF 1990 II 909

CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale* du 20 novembre 1996 ; FF 1997 I 1.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD)* du 23 mars 1988 ; FF 1988 II 421.

CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données* du 19 février 2003 ; FF 2003 1915.

CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (LTrans, loi sur la transparence)* du 12 février 2003 ; FF 2003 1807.

CONSEIL FEDERAL, *Message concernant l'adhésion à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* du 13 novembre 1996 ; FF 1997 I 701.

CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons* du 14 novembre 2001 ; FF 2002 2155.

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Pour une administration publique plus transparente. Projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration et rapport explicatif*, Berne, avril 2000.

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE, *Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (loi sur la transparence, LTrans)*, Berne, mars 2001.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse (CPP)*, Berne, juin 2001.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse (CPP)*, Berne, juin 2001.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de code de procédure pénale suisse et de loi régissant la procédure pénale applicable aux mineurs*, Berne, février 2003.

Renvois au Bulletin de jurisprudence pénale

BJP 4/2004, n°604, p. 115.
Schwyz, Tribunal administratif, décision du 24 octobre 2000.

BJP 2/2003, n° 372, p. 62.
Fribourg, Tribunal cantonal, décision du 18 novembre 1999.

BJP 1/2003, n°329, p. 22.
Schaffhouse, Cour d'appel, décision du 15 juin 2001.

BJP 4/2002, n°280, p. 105.
Appenzell Rhodes-extérieures, Ministère public, décision du 28 janvier 1999.

BJP 4/2001, n°154, p. 108.
Thurgovie, Cour d'appel, décision du 23 décembre 1998.

BJP 3/2001, n°98, p. 69.
Zurich, Tribunal administratif, décision du 4 mars 1997.

BJP 3/2000, n°803, p. 75.
Zurich, Tribunal d'arrondissement, décision du 20 mars 1996.

BJP 2/2000, n°748, p. 42.
Thurgovie, Tribunal administratif, décision du 11 avril 1996.

BJP 1/2000, n°709, p. 18.
Schaffhouse, Cour d'appel, décision du 27 mars 1998.

BJP 1/1999, n°536, p. 13.
Grison, Tribunal cantonal, décision du 2 octobre 1995.

BJP 1/1998, n°338, p. 5.
Neuchâtel, Tribunal administratif, décision du 30 mai 1995.

BJP 1/1997, n°177, p. 6.
Commission européenne des droits de l'homme, décision du 9 mars 1994.

BJP 2/1996, n°82, p. 55.
Lucerne, Cour d'appel, décision du 24 février 1994.

BJP 2/1996, n°81, p. 54.
Lucerne, Chambre d'accusation, décision du 3 juin 1993.

BJP 1/1992, n°228, p. 24.
Bâle-Campagne, Cour d'appel, décision du 12 mai 1987.

BJP 3/1989, n°615, p. 70.
Zurich, Tribunal d'arrondissement, décision du 10 juillet 1987.

BJP 3/1989, n°617, p. 74.
Berne, Chambre d'accusation, décision du 27 novembre 1984.

BJP 1/1988, n°335, p. 11.
Neuchâtel, Chambre d'accusation, décision du 19 novembre 1986.

BJP 1/1988, n°334, p. 10.
Obwald, Cour d'appel, décision du 23 février 1984.

BJP 1/1981, n°39, p. 25.
Zurich, Cour d'appel, décision du 4 septembre 1979.

BJP 3/1980, n°1097, p. 117.
Berne, Chambre d'accusation, décision du 21 septembre 1977.

BJP 4/1979, n°839, p. 113.
Genève, Cour de justice civile, décision du 2 décembre 1977.

BJP 4/1963, n°178, p. 111.
Genève, Cour de justice, décision du 15 juin 1962.

BJP 4/1954, n°282, p. 128.
Berne, Cour d'appel, décision du 16 novembre 1951.

BJP 3/1952, n° 192, p. 92.
Zurich, Commission de surveillance des avocats, décision du 6 décembre 1950.

BJP 4/1951, n°258, p. 94.
Vaud, Ministère public, décision du 6 janvier 1943.