

Zeitschrift: Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie = Revue suisse de criminologie = Rivista svizzera di criminologia = Swiss Journal of Criminology

Band: 2 (2003)

Heft: 1

Artikel: Les mesures de sûreté (art- 42-44 CPS) : quelques problèmes rencontrés dans la pratique genevoise

Autor: Jung, Anne

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1050864>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 06.10.2024

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Anne Jung

Les mesures de sûreté (art. 42–44 CPS): quelques problèmes rencontrés dans la pratique genevoise¹

Résumé

Cette contribution traite de quatre questions liées à la pratique des mesures de sûreté à Genève: 1. Comment les médecins assument leur double rôle à l'égard des patients soumis à une mesure de sûreté: le rôle de médecin traitant et de médecin expert puisqu'ils doivent informer le Conseil de surveillance psychiatrique de l'évolution médicale des patients et du risque de récurrence? 2. Quelles possibilités s'offrent aux médecins lorsqu'un patient soumis à une mesure refuse de les délier du secret médical? 3. Que peuvent faire les médecins, lorsqu'un patient refuse un traitement et que ce refus est une conséquence de sa maladie psychiatrique? Peuvent-ils administrer un traitement contre le gré mais dans l'intérêt thérapeutique du patient? 4. La peine prononcée par le juge mais suspendue au profit d'une mesure de sûreté peut-elle être prononcée avec sursis?

Zusammenfassung

In diesem Beitrag sollen einige Fragen der Genfer Praxis im Bereich der sichernden Massnahmen behandelt werden. 1. Wie kann der Arzt seiner Stellung gegenüber dem einer sichernden Massnahme unterworfenen Patienten gerecht werden, nämlich einerseits als behandelnder Arzt, andererseits als Gutachter, der zuhause der psychiatrischen Überwachungsbehörde (Conseil de surveillance psychiatrique) eine Prognose zu Krankheitsverlauf und Rückfalltendenz des Verwahrten erstellen muss? 2. Welche Möglichkeiten bieten sich dem Arzt, wenn der betroffene Patient sich weigert, ihn vom Arztgeheimnis zu entbinden? 3. Darf der Arzt einen Patienten gegen dessen Willen behandeln, wenn dieser eine Behandlung ablehnt aus Motiven, die mit seiner Abnormität oder Sucht zusammenhängen, wenn aber eine Behandlung aus therapeutischen Gründen notwendig erscheint? 4. Kann die Strafe, deren Vollzug durch die sichernde Massnahme aufgeschoben wird, vom Richter zur Bewährung ausgesetzt werden?

Summary

This contribution discusses some questions concerning protective measures resulting from the practice of the authorities of Geneva. 1. How does a doctor deal with his position towards a patient that is subject to a protective measure, being on one hand his doctor, on the other hand the medical expert that has to make a forecast about the patient's disease and his tendency to relapse to the control board (Conseil de surveillance psychiatrique). 2. Which are the possibilities for the doctor if a patient refuses to release him from his duty to keep professional secrecy? 3. Is a doctor allowed to act against the will of a patient if this refuses treatment because of his abnormality or addiction, but if treatment seems necessary from a therapeutic point of view? 4. Can a penalty that has not been executed because of a protective measure be declared as penalty on probation?

1. Le problème que pose le double rôle du médecin

L'art. 45 ch. 1 CP dispose que l'autorité compétente doit examiner chaque année si une libération conditionnelle ou à l'essai d'une mesure ordonnée en vertu des art. 43 ou 44 CP peut être prononcée. Pour pouvoir se déterminer, elle devra entendre l'intéressé et demander un rapport à la direction de l'établissement où il se trouve.

Contrairement à la loi, le Conseil de surveillance psychiatrique (CSP) – qui est l'autorité compétente à Genève – ne demande pas le rapport à la direction de l'établissement mais aux médecins traitants. Lorsqu'il s'agit des médecins de Champ-Dollon ils dépendent de l'Institut Universitaire de médecine légale et sont indépendants de la direction. D'ailleurs, la direction de Champ-Dollon n'a pas accès aux dossiers des patients, ceux-ci étant protégés par le secret médical.

Le CSP demande un rapport sur l'évolution du patient tous les quatre mois. S'il s'agit d'un patient interné en vertu de l'art. 43 CP, le rapport sera demandé à l'Institut Universitaire de médecine légale; s'il s'agit d'un patient hospitalisé, le rapport sera demandé aux médecins traitants de l'hôpital psychiatrique, le plus souvent Belle-Idée ou, s'agissant d'un patient hospitalisé en vertu de l'art. 44 CP, à l'hôpital où il se trouve. Enfin, si le patient est soumis à un traitement ambulatoire, le rapport sera demandé au médecin traitant qu'il a choisi.

C'est grâce à ces rapports médicaux que le CSP peut veiller à la bonne exécution de la mesure et comprendre l'évolution du patient. En effet, le CSP ne participant pas aux soins et ne voyant le patient qu'une fois par an, il lui est nécessaire d'avoir des rapports détaillés des médecins qui suivent régulièrement le patient, pour comprendre l'évolution de sa pathologie.

La question se pose de savoir comment les médecins qui soignent les patients soumis à

¹ L'auteure tient à remercier le professeur Robert Roth de son soutien et de ses précieux conseils. Elle précise qu'elle s'exprime à titre personnel et ne reflète nullement l'opinion du Conseil de surveillance psychiatrique.

une mesure en vertu de l'art. 43 CP assument leur double rôle. En effet, ils devront informer le CSP de l'évolution médicale des patients, de la prise de médicaments, du risque de récurrence. C'est sur la base de ces informations que le CSP prendra une décision de levée ou non de la mesure. Les patients sont informés que leur médecin enverra régulièrement des rapports, indépendamment du fait que ces rapports soient favorables ou non. Une telle situation peut rendre difficile la création d'une relation de confiance et d'un lien thérapeutique solide. Or, il s'agit souvent de patients qui ont de lourds problèmes psychiatriques et qui nécessitent précisément une relation de confiance stable.

Il est intéressant de faire une analogie avec les médecins chargés d'une expertise judiciaire. En effet, l'expert, tout comme le médecin mandaté dans le cadre d'une mesure de sûreté, doit renseigner la justice sur l'état physique et psychique du patient. Il est mandaté par une autorité et non par le patient. Même si, dans certains cas, il peut avoir été choisi de concert par l'expertisé et l'autorité mandante, la décision finale est du ressort de cette dernière. L'expert reste certes tenu au secret à l'égard des tiers; tel n'est cependant pas le cas vis-à-vis de l'autorité qui l'a mandaté. Ainsi, le mandat d'expertise constitue une exception au secret au bénéfice de l'autorité mandante. En vertu de l'art. 6 du Code de déontologie de la FMH, la personne examinée doit être informée du statut particulier de l'expertise et du fait que l'expert rendra un rapport au mandant, indépendamment des conséquences favorables, neutres ou défavorables que cela pourrait avoir pour l'expertisé. L'art. 3.2 des directives médico-éthiques de l'Académie suisse des Sciences Médicales (ASSM) dispose également qu'avant tout acte d'expertise, le médecin doit clairement informer la personne qu'il est chargé d'examiner que le secret médical ne couvrira pas le résultat des examens pratiqués.

Il existe d'autre part des cas dans lesquels le médecin traitant est sollicité pour donner une information qui est du registre de l'expertise. Une telle situation est admissible si le médecin informe le patient qu'ils ne se trouvent pas dans une relation médecin-patient usuelle mais qu'il sera tenu de renseigner l'autorité mandante de tout ce qu'il sait ou observe dans le cadre de l'expertise, même si c'est défavorable au patient. Si le médecin remplit ces deux rôles, il se trouvera devant un conflit de devoirs, conflit souvent difficile à résoudre (Clerc, 1941;

Guilloid, 2000). Selon l'art. 3.1 des directives médico-éthiques de l'ASSM, hormis les situations de crise ou d'urgence, le médecin ne peut pas cumuler à la fois l'identité de médecin thérapeute et de médecin-expert.

Il est plus difficile au médecin travaillant en milieu pénitentiaire d'établir un lien de confiance avec ses patients en détention qu'au médecin-traitant soignant des patients en liberté. En effet, le patient ne peut pas choisir son médecin; en outre, il existe une relation triangulaire due au fait que le détenu dépend d'une autorité judiciaire ou administrative. Le patient a souvent tendance à considérer le médecin comme un agent du système pénal. Dans ces circonstances, il serait préférable que le médecin traitant exerçant en milieu pénitentiaire ne joue pas également le rôle de médecin expert, sauf si le détenu le lui a expressément demandé.

Pour les mêmes raisons, les mesures pénales placent le médecin dans une situation délicate: que peut-il ou doit-il dire, a-t-il le droit de mentir par omission? S'il parle, son patient pourrait-il l'accuser d'avoir violé le secret médical? Le médecin se trouve dans un conflit de loyauté. En effet, son rôle de soignant se double d'un rôle de surveillant.

Un autre problème qui résulte de la double allégeance est le but poursuivi par le médecin, suivant la mission qui lui est attribuée. Alors que le médecin traitant traditionnel est lié par un contrat de mandat qui ne comporte pas d'obligation de résultat, le médecin mandaté dans le cadre d'une mesure de sûreté a une obligation de résultat: la fin de la mesure. Le but de la mesure est fixé par la loi: «*éliminer ou atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables*». Si ce but n'est pas atteint, le dossier sera renvoyé au juge, afin qu'il décide si les peines suspendues seront exécutées (art. 43 ch. 3 al. 1 CP). Le même problème se pose à l'égard des toxicomanes soumis à une mesure en vertu de l'art. 44 CP: le médecin doit envoyer la copie de leur test d'urine au juge qui en a fait la demande. Or, si le test se révèle positif, le juge estimera que la mesure a échoué et pourra faire exécuter le solde de la peine suspendue (art. 44 ch. 3 al. 1 CP). Le médecin se trouve dans des situations où il ne doit plus seulement soigner mais guérir. Si le patient ne guérit pas, il encourra le risque de devoir exécuter sa peine. Le contrat médecin-patient devient un contrat avec obligation de résultat, incompatible avec le contrat de mandat (Berner, 2002).

Il serait donc préférable que le médecin traitant ne soit pas le même médecin que celui qui est appelé à renseigner l'autorité. Une solution serait de mandater un expert indépendant pour renseigner le CSP. Ainsi, le lien de confiance entre le médecin traitant et le patient resterait intact et l'autorité compétente pourrait exercer son rôle de surveillant. En outre, le médecin traitant serait lié à son patient par un contrat de mandat, l'obligeant à user de diligence pour soigner son patient. Il ne serait toutefois pas lié par une obligation de résultat, sanctionnée en cas d'échec par le risque d'exécution de la peine. Cette solution présenterait bien des avantages. Mais, le CSP ayant besoin de rapports tous les quatre mois environ, elle serait très coûteuse et représenterait une grande surcharge de travail.

2. Le secret médical

Le secret médical est protégé par plusieurs dispositions: l'art. 28 CC, 321 CP ainsi que 12 et 13 LPD.

D'une manière plus générale, le droit médical fait partie de la liberté personnelle qui est protégée par la Constitution fédérale. En effet, la liberté personnelle garantit à chaque individu la protection de toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de sa personne.

Par secret au sens de l'art. 321 CP, le Tribunal fédéral déclare que l'on doit entendre «tout ce que le malade confie au médecin pour lui permettre d'accomplir son mandat ou encore tout ce que le médecin apprend dans l'exercice de sa profession» (ATF 75 IV 73). Le TF précise, en outre, que *«le médecin n'est pas tenu de garder le secret sur des faits qui sont connus de tout le monde, car il apparaît d'emblée que le patient n'a aucun intérêt à les tenir cachés de n'importe qui. Il n'est pas inéquitable d'exiger du médecin qu'il garde secrets tous les autres faits. Une telle extension de son devoir de discrétion est dans son propre intérêt; en effet, cela le dispense d'examiner si et dans quelle mesure, un tiers qui demande des précisions est déjà renseigné.»* Pour pouvoir recevoir des soins appropriés, le patient doit renseigner son médecin aussi largement que possible. S'il devait craindre qu'une partie des faits risquaient d'être révélés, il serait amené à taire certains faits, ce qui risquerait d'être préjudiciable au traitement médical. Il est donc important que la couverture du secret s'étende à tous les faits que le patient est amené à révélé-

ler à son médecin. Le TF déclare à cet égard que l'art. 321 CP doit assurer que «le malade s'exprimera librement, comme cela est nécessaire à la bonne exécution du mandat» (ATF 75 IV 74; Graven, 1975).

2.1. Le secret médical en détention

L'art. 10 par. 1 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II) exige que les personnes privées de liberté soient traitées avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. Le Tribunal fédéral, s'inspirant sur des règles pénitentiaires européennes (RPE), contenues dans la Recommandation du Conseil de l'Europe du 12 février 1987 ainsi que sur des rapports établis par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, créé par la Convention du 26 novembre 1987, confirme que le droit à la liberté personnelle des détenus astreint l'autorité à adopter certains comportements. Ainsi, par exemple, en matière d'assistance médicale, la liberté personnelle confère aux détenus malades le droit de recevoir une assistance médicale; s'il est nécessaire, la peine doit être suspendue (Auer, Malinverni, Hotte-lier, 2000; ATF 123 I 221; ATF 108 Ia 69).

Selon la recommandation N° R(98)7 du Conseil de l'Europe et son annexe, «le secret médical devrait être garanti et observé avec la même rigueur que dans la population générale.» En outre, «hormis le cas où le détenu souffre d'une maladie le rendant incapable de comprendre la nature de son état, le détenu malade devrait toujours pouvoir donner au médecin son consentement éclairé préalablement à tout examen médical ou à tout prélèvement, sauf dans les cas prévus par la loi. Les raisons de chaque examen devraient être clairement expliquées à la personne détenue et comprises par elle. Les détenus soumis à un traitement médical devraient être informés des indications et des éventuels effets secondaires susceptibles de se manifester.» L'art. 1.1 des directives médico-éthiques de l'ASSM dispose également que les règles de base éthiques et juridiques qui régissent l'activité médicale notamment en matière de consentement et de confidentialité s'appliquent également lorsque la personne est privée de liberté. Selon les art. 10.1 à 10.3 de ces mêmes directives, le secret médical doit être respecté selon les mêmes dispositions légales qui s'appliquent pour les personnes libres (art.

321 CPS). Les dossiers des patients doivent être notamment conservés sous responsabilité médicale. Toutefois, la promiscuité créée par la 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 ou les policiers peuvent imposer un échange d'informations sanitaires entre le personnel de santé et le personnel de sécurité. 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 ou policier.

Tant le consentement à l'acte médical que le secret sont des valeurs unanimement reconnues aujourd'hui sur les plans éthique, juridique et déontologique. Ces concepts font partie des droits fondamentaux de l'être humain et sont également la base de la relation de confiance qui crée le lien thérapeutique entre le médecin et le patient, particulièrement en milieu carcéral où le libre choix du médecin n'est pas garanti. Le médecin et le personnel soignant pénitentiaire doivent veiller non seulement à ce que la confidentialité soit garantie lors des consultations mais aussi à ce que les dossiers des patients soient conservés dans un lieu sûr permettant que le secret médical soit observé. Ainsi, les dossiers médicaux peuvent être conservés dans une armoire fermée à clé dont seul le personnel soignant a accès ou dans un local fermé. En outre, lorsqu'un prisonnier est transféré d'un établissement pénitentiaire à un autre, il doit être informé du transfert de son dossier et avoir la possibilité de s'y opposer.

2.2. Les motifs justifiant la divulgation de données couvertes par le secret

Que faire lorsqu'un patient soumis à une mesure d'internement refuse de délier le médecin du secret médical?

Il existe des situations dans lesquelles entrent en conflit le devoir de se taire et le devoir ou le droit de parler. En effet, le devoir de discrétion, même s'il est important, ne l'emporte pas nécessairement dans tous les cas sur d'autres obligations ou d'autres droits. Il s'agit d'effectuer une pesée des intérêts entre devoir de se taire et devoir ou droit de parler. Ainsi, toute violation du secret médical est injustifiée si l'intérêt sauvegardé n'est pas au moins aussi important que celui auquel il est porté atteinte. Mais l'application des justifications à la violation du secret n'est pas aisée. Certains faits jus-

tificatifs sont énumérés expressément à l'art. 321 CP tandis que d'autres découlent des principes généraux réglant la justification des infractions pénales (Graven, 1975).

Il existe trois faits justificatifs spéciaux à la révélation d'un fait couvert par le secret médical. Il s'agit de l'obligation ou de la faculté de renseigner une autorité, de la levée du secret par l'autorité de surveillance ainsi que de l'obligation de témoigner en justice. En outre, les faits justificatifs de la partie générale du code pénal peuvent exclure l'illicéité de la révélation d'un fait couvert par le secret.

2.2.1. Les faits justificatifs spéciaux

L'obligation légale de renseigner une autorité

S'agissant d'une obligation légale, elle doit être prévue dans une loi. L'art. 45 ch. 1 CP in fine prévoit que l'autorité compétente demandera un rapport médical avant de se prononcer sur une éventuelle levée à l'essai de la mesure. Il s'agit d'une base légale fédérale. Mais se pose la question de l'étendue de l'information qui peut être dévoilée par le médecin traitant. Les avis parmi les praticiens divergent à ce sujet. Certains estiment que cette base légale représente un fait justificatif constituant une exception au secret médical. D'autres estiment que cette base légale autorise certes les médecins traitants à attester du suivi régulier du patient et à donner un préavis motivé sur une éventuelle levée de la mesure, mais ne permet pas pour autant aux médecins de dévoiler d'autres faits. La seconde solution paraît préférable. En effet, la relation médecin-patient nécessite un lien thérapeutique solide basé sur une relation de confiance. Il est difficilement envisageable qu'un tel lien de confiance puisse exister si le patient sait que son médecin est autorisé par la loi à dévoiler tout fait utile au CSP et donc, n'est pas lié par le secret à l'égard de cette autorité.

La levée du secret par l'autorité de surveillance

C'est probablement la solution la plus adéquate. Il s'agit des cas où l'intérêt du client se trouve en opposition avec l'intérêt d'un tiers. Cette voie est subsidiaire au consentement du patient. En effet, le médecin ne pourra y recourir que si le patient est incapable de discernement, introuvable ou décédé ou encore s'il a refusé son consentement. En général, l'autorisation de l'autorité de surveillance sera recherchée notamment lorsqu'il apparaît d'emblée que l'intéressé ne consentirait point à la révélation. En

outre, bien que l'art. 321 ch. 2 CP soit muet sur ce point, le médecin devra recourir à l'autorisation de l'autorité de surveillance seulement si la révélation est indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public ou privé prépondérant. Le lien de confiance entre le patient et son médecin serait mis en danger si le médecin pouvait demander à tout moment à l'autorité de surveillance d'être délié de son devoir de discrétion. Il faut donc que la condition de la proportionnalité soit réalisée. Tel sera par exemple le cas si le médecin apprend que son patient est auteur ou victime d'une infraction grave (Graven, 1975).

Le médecin pénitentiaire tout comme le médecin en hôpital public est lié par le secret médical et le secret de fonction qui ont une valeur équivalente. Le secret médical, dans ce cadre-là, vise à protéger la liberté personnelle du patient ainsi que de favoriser la relation de confiance entre le médecin et son patient et de créer un lien thérapeutique solide. Il peut être levé par le patient ainsi que par une autorité de surveillance. Le secret de fonction a pour but de garantir le fonctionnement du service public, en prévenant la trahison et respectant le citoyen. Il ne peut être levé que par une autorité, en général hiérarchique, même si ce n'est pas la hiérarchie qui est bénéficiaire du secret. Mais la hiérarchie doit tenir compte des intérêts personnels en jeu, elle ne peut pas décider selon sa libre appréciation. Ainsi, c'est le respect de l'individu qui reste au centre du débat. La grande différence réside toutefois dans le fait que le médecin, même délié, reste maître du secret: il peut refuser de parler. Le fonctionnaire, quant à lui, s'il est délié, est obligé de parler (de Rougemont, 2001).

Le partage secret médical – secret de fonction n'est donc pas évident. Il est d'autant plus difficile dans le milieu pénitentiaire où s'affrontent, d'un côté la sécurité, le régime progressif et la vie en commun et de l'autre le secret médical. Dans un tel cas, coexistent deux missions publiques en un seul lieu. Il ne s'agit pas d'un hôpital au sens strict ni d'une prison purement sécuritaire. La médecine est obligée de tenir compte de ce cadre de la même manière que l'exécution de la peine doit tenir compte de l'aspect curatif (de Rougemont, 2001).

Il est préférable pour des raisons de simplicité qu'une seule autorité se prononce. Il doit y avoir une seule procédure, en fonction de la mission qui prédomine. Le médecin est-il in-

vesti plutôt d'une mission thérapeutique ou d'une mission d'«exécutant de peine» visant à assurer le bon déroulement du régime progressif ainsi que la réhabilitation du détenu? A mon avis, le lien thérapeutique prédomine. C'est donc le secret médical qui devrait être levé par l'autorité de surveillance. Mais le problème essentiel qui se pose est celui de savoir si le médecin de Champ-Dollon demandera à être levé du secret alors que son patient s'y oppose. S'il ne le fait pas, le CSP ne pourra plus veiller à la bonne exécution de la mesure mais surtout il ne pourra pas instruire et se déterminer sur une éventuelle levée de la mesure. Le patient risque donc de voir sa mesure se prolonger, alors qu'elle aurait pu être levée.

L'obligation de témoigner en justice

Tout comme l'obligation de renseigner une autorité, l'obligation de témoigner en justice doit figurer dans une loi. Ce fait justificatif n'apporte pas de solution permettant au médecin d'être délié du secret pour renseigner le CSP.

2.2.2. Les faits justificatifs généraux

Le consentement

Selon l'art. 321 ch. 2 CP, la révélation faite avec le consentement de l'intéressé n'est pas punissable. L'intéressé doit être capable de discernement et son consentement doit être exempt d'erreur ou de contrainte. Il ne doit être soumis à aucune condition de forme. En effet, il peut être donné expressément, par actes concluants ou tacitement. Le médecin délié du secret par le consentement de son patient est autorisé mais pas obligé de parler. Il appartient au détenteur du secret de décider, en faisant une pesée des intérêts en présence (Graven, 1975).

Le devoir de profession (art. 32 CP)

«Ne constitue pas une infraction l'acte ordonné par la loi, ou par un devoir de fonction ou de profession; il en est de même de l'acte que la loi déclare permis ou non punissable.» Il existe de nombreuses dispositions légales qui imposent au médecin de révéler des faits couverts par le secret professionnel. Il s'agit, par exemple, des lois fédérales et des lois cantonales d'application qui obligent le médecin à déclarer certaines maladies contagieuses ou certains cas de tuberculose. Dans de tels cas, le législateur décide à l'avance de délier le médecin du secret, considérant qu'il existe un intérêt prépondérant à la levée du secret plutôt qu'à son maintien. Le médecin doit donc obéir à la volonté du

législateur et révéler les faits. Mais l'obligation de parler ne lie le médecin que si elle est valable. Tel n'est pas le cas si elle est prévue par une disposition cantonale en violation du droit fédéral. L'art. 321 CP étant édicté principalement dans un but d'intérêt public, le droit cantonal ne peut y déroger que pour des motifs d'intérêt public (Graven, 1975).

L'art. 32 CP vise également les cas dans lesquels le médecin est autorisé à communiquer un secret à un tiers, p. ex. l'art. 15 ch. 1 LStup. qui permet au médecin constatant un cas de toxicomanie d'aviser les autorités compétentes s'il estime que des mesures appropriées doivent être prises dans l'intérêt du patient, de ses proches ou de la collectivité (Graven, 1975).

La légitime défense pour autrui (art. 33 CP) ou l'état de nécessité pour autrui (34 al. 2 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; le même droit appartient à un tiers.»

«Lorsqu'un acte aura été commis pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien appartenant à autrui, notamment la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine, cet acte ne sera pas punissable.(...)»

Trois conditions doivent être réalisées pour qu'un de ces faits justificatifs puisse entrer en considération: il faut être en présence d'une attaque ou d'un danger concret, d'une attaque ou d'un danger imminent et il faut que la victime de l'attaque ou du danger soit connue. Ces conditions ne seront presque jamais réalisées.

En outre, cette solution n'est pas adéquate, excepté dans des cas ponctuels, précis et urgents, d'une part parce que la justification n'intervient qu'après coup, une fois le secret violé et d'autre part parce que c'est le juge pénal qui devra trancher, si une plainte a été déposée (de Rougemont, 2001).

2.2.3. Récapitulation des solutions envisageables

Il existe deux solutions envisageables, permettant au médecin traitant d'être délié du secret médical et de donner les renseignements utiles au CSP.

La première consiste à se fonder sur l'art. 45 CP en considérant que cette base légale représente un fait justificatif constituant une exception au secret médical.

La seconde solution consiste à ce que le médecin se fasse délier de son secret par l'autorité de surveillance. Cette solution est préférable, parce qu'elle permet de préserver le rapport de confiance entre le médecin et son patient. Mais elle pose une question supplémentaire: le médecin doit-il se faire délier uniquement du secret médical ou également du secret de fonction?

Si le médecin se fait délier du secret de fonction, il aura l'obligation de parler alors que, s'il se fait délier du secret médical, il aura uniquement le droit de parler. Le problème se posera surtout à propos des auxiliaires. En effet, un médecin qui demande à se faire délier du secret médical le fait précisément dans le but de parler. Mais, l'infirmière qui a travaillé avec lui pourra refuser de révéler certains faits couverts par le secret et inconnus du médecin.

Il est préférable qu'il n'y ait qu'une procédure. L'aspect thérapeutique étant la mission prédominante, c'est du secret médical que le médecin devra être délié.

Les faits justificatifs de droit pénal général ne semblent pas apporter de solution satisfaisante. En effet, ils interviennent après coup, si le patient a porté plainte et qu'il se retrouve avec son médecin devant le juge pénal. En outre, s'agissant de l'art. 32 CP, il n'existe pas de disposition qui impose ou autorise la violation d'un fait couvert par le secret. S'agissant des art. 33 et 34 CP, l'on ne se trouve, la plupart du temps, pas en présence d'une attaque ou d'un danger concret et imminent à l'égard d'une victime connue.

Que se passe-t-il si le patient invoque son droit au secret et que le médecin refuse de se faire délier par l'autorité de surveillance? Le CSP ne pourra certes plus surveiller l'exécution de la mesure mais surtout le patient ne pourra pas espérer obtenir un jour une levée de la mesure et sortir de prison. Cela le poussera peut-être à comprendre qu'il n'est pas dans son intérêt d'invoquer son droit au secret médical.

3. Le consentement à un acte médical

Le principe d'autonomie du patient repose sur plusieurs fondements juridiques: le droit constitutionnel à la liberté personnelle découlant de l'art. 10 Cst. féd., les droits de la personnalité découlant de l'art. 28 al. 2 CC, le contrat de mandat réglementé aux art. 394 ss CO et la législation cantonale. Toute intervention sur le

corps humain constitue une atteinte à la liberté personnelle, soit une atteinte à la personnalité. Or, toute atteinte à la personnalité est illicite sauf s'il existe un motif justificatif, tel que le consentement, un intérêt public ou privé ou la loi. En droit médical, c'est essentiellement le consentement qui justifie un acte médical. Il s'agit d'un motif justificatif absolu qui ne nécessite pas de pesée des intérêts en présence.

Selon les art. 7.1 et 7.2 des directives médico-éthiques de l'ASSM, comme en situation médicale ordinaire, un médecin, agissant en qualité d'expert ou de thérapeute, n'est autorisé à entreprendre un acte diagnostique ou thérapeutique sur une personne détenue que s'il a obtenu de sa part un consentement libre et éclairé. Toute administration de médicaments, en particulier psychotropes à des personnes privées de liberté ne peut donc être effectuée qu'avec l'accord du patient et sur la base d'une décision strictement médicale.

Pénalement, une intervention chirurgicale constitue une atteinte à l'intégrité corporelle qui est considérée comme illicite, à moins que l'illicéité soit supprimée par un fait justificatif. Dans le domaine médical, le principal fait justificatif est le consentement du patient. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, même lorsqu'il est médicalement indiqué, selon l'avis du médecin, et qu'il est accompli selon les règles de l'art, tout acte qui entame la substance même du corps humain, qui limite, au moins provisoirement, la capacité corporelle ou qui porte atteinte ou aggrave de manière non insignifiante le bien-être du patient doit être considéré comme une lésion corporelle. De telles interventions ne sont licites que si elles sont le fruit du consentement donné par le patient. Ce consentement doit en outre être donné avant l'intervention (ATF 124 IV 258). L'exigence du consentement du patient et le devoir d'information ont leur fondement dans les droits de la personnalité et tendent aussi bien à garantir la libre détermination du patient qu'à protéger son intégrité corporelle (ATF 117 Ib 197).

Le consentement n'est soumis à aucune forme particulière. Mais, pour qu'il soit valable juridiquement, il faut que le patient soit apte à accepter ou refuser un traitement. Son consentement doit être libre et éclairé. Ainsi, la décision doit être prise hors de toute contrainte ou pression extérieure et le patient doit disposer de tous les éléments de connaissance qui lui permettent de prendre sa décision. Mais cette aptitude

n'exige pas le plein exercice des droits civils. Si le patient est capable de discernement, il peut accepter ou refuser un traitement, même si son refus va à l'encontre de l'intérêt thérapeutique. Dans ce cas, le principe d'autonomie prévaut.

Ainsi, le droit à l'autodétermination interdit de soigner un patient contre son gré, à moins de prouver son incapacité de discernement.

Si le patient est incapable de discernement, trois hypothèses s'offrent au médecin:

La situation ne présente pas d'urgence

Le médecin doit attendre que le patient retrouve ses facultés, afin de pouvoir consentir ou non à l'acte médical. Le principe d'autodétermination reste alors prépondérant. Si l'incapacité se prolonge, le médecin doit informer l'autorité tutélaire, afin qu'elle nomme un curateur pour protéger les intérêts du patient.

La situation présente un caractère d'urgence médicale

S'il y a un risque que le patient ne recouvre pas assez rapidement ses facultés, le médecin doit agir selon les intérêts et les intentions présumables du patient (art. 419 CO).

La situation présente un caractère d'urgence juridique

L'urgence juridique est plus restrictive que l'urgence médicale en ce sens que le traitement administré doit être le seul moyen de parer à un danger grave, imminent et certain pour la vie du malade (art. 128 CO). Dans un tel cas, le médecin bénéficie d'une grande liberté d'appréciation. Il doit alors agir selon l'intérêt thérapeutique, car, la plupart du temps, l'intention présumable du patient ne peut être établie. Un tel acte est justifié par l'état de nécessité au sens de l'art. 52 CO et les règles de la gestion d'affaires sans mandat sont applicables. Le consentement du patient est présumé. Les lois cantonales prévoient expressément que le consentement du patient est présumé, en cas d'urgence (à Genève, art. 5 al. 4 LRPP).

Selon l'art. 7.3 des directives médico-éthiques de l'ASSM, en situation d'urgence et dans les mêmes conditions qu'avec un patient non détenu, le médecin peut se passer de l'accord du patient lorsque ce dernier présente une incapacité de discernement causée par un trouble psychique majeur avec un risque immédiat de gestes auto- ou hétéro-agressifs (conditions cumulatives).

Dans les cas de maladie psychiatrique, l'évaluation de la capacité de discernement est délicate. Il sied toutefois de préciser qu'une maladie mentale n'entraîne pas forcément une incapacité de discernement. En effet, juridiquement, est incapable de discernement celui qui, à cause de maladie mentale, de faiblesse d'esprit ou d'une autre cause semblable, est incapable d'apprécier une situation de fait et d'agir raisonnablement selon cette appréciation. Cette appréciation doit se faire in concreto, relativement à un acte thérapeutique déterminé. Ainsi, un malade psychique peut avoir des moments de lucidité et être capable de discernement au moment de la manifestation de volonté. La capacité de discernement est présumée. Il appartient à celui qui estime qu'elle fait défaut d'en apporter la preuve. La preuve sera souvent apportée par une expertise.

Ainsi, le principe d'autodétermination implique que tout traitement psychiatrique ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du patient (Manai, 1999).

Que se passe-t-il quand le patient refuse un traitement et que ce refus est une conséquence de sa maladie psychiatrique? Ces cas sont fréquents parce que les patients atteints d'une maladie psychiatrique ne se conçoivent souvent pas comme malades. Dans ces cas, les médecins peuvent-ils administrer un traitement contre le gré mais dans l'intérêt thérapeutique du patient? Sur le plan juridique, un traitement peut être administré contre la volonté du patient qu'à des conditions exceptionnelles, quand il est prévu par la loi, qu'il est justifié par un intérêt public prépondérant et qu'il respecte le principe de la proportionnalité. Si tel n'est pas le cas, le traitement forcé est illégal.

La loi permet d'administrer un traitement forcé, lorsque la santé publique est mise en danger. En effet, la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies) p. ex., autorise expressément l'isolement, voire le traitement forcé de personnes contagieuses, malades ou susceptibles de l'être (art. 15–17). Excepté ces dispositions, ni le droit administratif ni le droit civil fédéral ne prévoit la possibilité d'administrer un traitement – psychiatrique ou non – contre la volonté du patient, même dans son intérêt. En effet, les art. 397a ss CC réglant la privation de liberté à des fins d'assistance n'offrent pas cette possibilité. Au niveau cantonal, certaines lois le prévoient (Riklin, 1975; ATF 127 I 6; PJA 2001,

1214). A Genève, les seules dispositions autorisant des traitements forcés ont également pour but la protection de la santé publique; p. ex., le règlement concernant les vaccinations obligatoires et facultatives (K 1 15.08) permettant d'imposer la vaccination contre la diphtérie aux enfants. La loi sur le régime des personnes atteintes d'affection mentale et sur la surveillance des établissements psychiatriques (K 1 25), en revanche, ne le réglemente pas. Ainsi, excepté dans un but de protection de la santé publique, il n'existe pas de disposition autorisant expressément le traitement forcé, même si le bien du patient ou de la sécurité publique est en danger.

Les avis divergent sur le point de savoir si les art. 42 ss CP constituent une base légale permettant l'administration forcée de soins. Un courant doctrinal estime que les détenus jouissent du même droit que les autres patients de refuser ou d'accepter des soins et que le juge ne peut s'immiscer dans la relation médecin-patient pour imposer un traitement (Sprumont, 2001). Il peut seulement se renseigner auprès du médecin pour savoir si le patient est réellement traité et si les résultats sont positifs. Ainsi, le délinquant peut refuser un traitement mais il en subira les conséquences, à savoir une prolongation de la durée de la mesure. Un autre courant estime que les art. 42 à 44 et 100 bis CP prévoient implicitement la possibilité pour le juge d'ordonner un traitement psychiatrique, dans le cadre d'une procédure pénale (Manai, 1999).

Le Tribunal fédéral a déclaré que, s'agissant des mesures applicables aux délinquants considérablement atteints psychiquement (art. 43 ch. 1 al. 1 CP) ainsi qu'aux délinquants qui compromettent gravement la sécurité publique à cause de leur état mental (art. 43 ch. 1 al. 2 CP), des mesures médicales doivent pouvoir être ordonnées contre la volonté du patient et un traitement médicamenteux – d'après l'état actuel de la science médicale – doit pouvoir être imposé. L'art. 43 CP ne tend pas à la guérison mais à la prévention de nouvelles infractions. Les mesures médicales forcées ne doivent donc pas dépasser ou être incompatibles avec ce but (ATF 127 IV 154). D'après cette jurisprudence, il est donc possible d'administrer un traitement forcé aux patients soumis à une mesure, en vertu des art. 43 et 44 CP. Cette jurisprudence doit être approuvée. En effet, l'article 43 CP parle de «traitement ou de soins spéciaux ordonné par le juge». Or, l'on imagine mal comment le juge

pourrait imposer des soins si tout traitement forcé était interdit.

La possibilité d'administrer un traitement médical contre le gré du patient n'est pas expressément réglementée non plus dans les art. 56 ss du projet de révision générale du code pénal (FF 1999 II 1787 ss ainsi que les principales modifications votées par les Chambres fédérales; dernier état, BOCN pp. 1186 ss). Comme dans le droit actuel, la possibilité d'administrer un traitement forcé se déduit des art. 59 ss qui prévoit le traitement institutionnel des troubles mentaux ainsi que de l'art. 60 qui traite du traitement ambulatoire.

Il est regrettable qu'une atteinte si importante à la liberté personnelle doive se déduire d'une loi. Il serait préférable qu'une loi fédérale réglemente expressément les cas dans lesquels un traitement forcé est admissible et la procédure à suivre pour autoriser de tels soins. Mais le droit constitutionnel n'offre pas de base satisfaisante à la Confédération lui attribuant la compétence de réglementer les traitements médicaux contre la volonté du patient. En effet, les seuls articles constitutionnels donnant compétence à la Confédération de légiférer dans le domaine médical sont les art. 118–120 Cst féd. Or, ces dispositions n'offrent pas de base constitutionnelle permettant à la Confédération de légiférer dans le domaine des traitements forcés. Une autre solution consisterait à insérer une disposition parmi les articles 42 à 44 CP justifiant une atteinte à l'intégrité corporelle. Dans ce cas, l'art. 123 Cst féd. qui attribue à la Confédération toute compétence en droit pénal pourrait servir de base constitutionnelle permettant une réglementation uniforme sur la possibilité d'administrer des traitements forcés.

La Confédération pourrait légiférer dans le domaine des traitements forcés, sans modifier la Constitution fédérale, en usant de sa compétence en matière de droit pénal. Une telle disposition prendrait la forme d'un élément justificatif rendant licite une atteinte à l'intégrité corporelle. Mais, il est mal aisé qu'une atteinte si importante à la liberté personnelle prenne la forme d'un fait justificatif. En outre, il existerait certes un cadre légal réglementant les cas dans lesquels une atteinte à l'intégrité corporelle sous la forme d'un acte médical contre le gré du patient serait admis et la procédure à suivre. Mais, pas plus qu'aujourd'hui, il n'y aurait une loi réglementant expressément les cas dans les-

quels un traitement forcé serait admis et la procédure à suivre. En outre, une telle disposition risquerait d'être ardue et compliquée. En effet, il n'est pas adéquat de décrire dans un seul article de loi les conditions et exceptions à la possibilité d'administrer un traitement forcé ainsi que la procédure à suivre. Cette solution paraît toutefois être la seule possible, à moins de modifier la Constitution pour attribuer la compétence à la Confédération de légiférer dans ce domaine.

4. Le sursis

Si le délinquant n'est pas irresponsable, le juge qui prononce une mesure en vertu des art. 43 et 44 CP prononcera également une peine. En cas d'internement ou d'hospitalisation, cette peine devra être suspendue (art. 43 ch. 2 al. 1 et 44 ch. 1 al. 1 CP). En cas de traitement ambulatoire, le juge pourra suspendre la peine mais il n'en sera pas obligé (art. 43 ch. 2 al. 2 et 44 ch. 1 al. 1 CP). Le traitement ambulatoire pourra également avoir lieu en détention. Le critère déterminant, dans ce cas, sera de savoir si les chances effectives de succès seraient considérablement amoindries par l'exécution immédiate de la peine privative de liberté. Le Tribunal fédéral a précisé à cet égard qu'une atteinte n'est pas considérable uniquement lorsque l'exécution de la peine rend impossible un traitement ou remet complètement en question le succès du traitement; la thérapie doit être préférée aussitôt qu'un traitement immédiat offre de bonnes chances de réinsertion qu'une exécution de peine pourrait empêcher ou atténuer. Sous l'angle de l'égalité de traitement, plus la peine suspendue au profit d'un traitement ambulatoire est longue, plus l'anomalie doit être marquée. En présence d'une anomalie psychique importante, une plus longue peine privative de liberté pourra ainsi être suspendue au profit d'un traitement ambulatoire (ATF 124 IV 246).

Une fois que la mesure a pris fin, le juge décidera si et dans quelle mesure des peines suspendues seront exécutées. Il pourra y renoncer complètement si l'exécution de la peine risque de compromettre sérieusement l'effet de la mesure. S'il fait exécuter la peine, le juge devra imputer la durée de la privation de liberté consécutive à un séjour dans un établissement (art. 43 ch. 5 al. 1 et 2; 44 ch. 5 CP). D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 122 IV

51), l'imputation peut être partielle, si la mesure a laissé plus de liberté au condamné que l'exécution de la peine dans un pénitencier. Même en cas de traitement ambulatoire, il y a lieu de rechercher si et dans quelle mesure ce traitement a apporté des restrictions à la liberté personnelle du condamné. En cas de limitation effective, l'on doit en tenir compte dans le calcul de la peine restant à subir. Pour déterminer si un traitement ambulatoire doit être imputé de la peine, il faut prendre en considération la durée et le coût de la mesure.

La peine prononcée avec la mesure peut-elle être assortie du sursis? Les conditions pour qu'une peine puisse être prononcée avec sursis sont au nombre de quatre, deux conditions formelles et deux conditions matérielles: la peine ne doit pas être supérieure à dix-huit mois (art. 41 ch.1 al. 1 CP); le condamné ne doit pas avoir subi, en raison d'un crime ou d'un délit intentionnel, plus de trois mois de réclusion ou d'emprisonnement dans les cinq ans qui ont précédé la commission de l'infraction (art. 41 ch. 1 al. 2); les antécédents et le caractère du condamné doivent faire prévoir que cette mesure le détournera de commettre d'autres crimes ou délits (pronostic favorable; 41 ch. 1 al. 1 CP); le condamné doit avoir réparé autant qu'on pouvait l'attendre de lui le dommage fixé judiciairement ou par accord avec le lésé (41 ch. 1 al. 1 CP).

Le Tribunal fédéral a jugé, dans un arrêt rendu sous le droit antérieur à la version de 1971, (ATF 69 IV 193) que si un délinquant à responsabilité restreinte devait être interné en vertu de l'art. 14 aCP parce qu'il compromettait la sécurité ou l'ordre public, le sursis à l'exécution de la peine était exclu (ATF 69 IV 193). En effet, la condition du pronostic favorable (art. 41 ch. 1 al. 2 CP) n'était pas remplie au moment du jugement puisque l'on ne saurait, à ce moment-là, admettre que le sursis détournerait le condamné de commettre de nouveaux crimes ou délits. Il en serait certes empêché par l'internement, mais non, comme la loi l'exige, par le retour à de meilleurs sentiments qu'on ne pourrait lui attribuer au moment du jugement, en raison de son état mental. Le juge ne devrait pas statuer non plus, au moment du prononcé de la mesure, en fonction de l'état dans lequel serait le condamné au moment de sa libération de la mesure. Il n'était enfin pas nécessaire de remettre la décision au moment où le délinquant ne serait plus dangereux car, à ce moment-là, le juge devrait de toute manière décider si la peine devrait être

exécutée. Cette décision rendrait le sursis inutile car, pour exclure l'exécution de la peine, le juge se fonderait en premier lieu sur les raisons qui auraient milité en faveur du sursis si le délinquant n'avait pas été dangereux pour la sécurité publique. A aucun moment le sursis ne pouvait donc être prononcé.

Dans un ATF 73 IV 1, toujours rendu sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral confirma sa jurisprudence en affirmant que c'est au moment de la condamnation que le juge doit se prononcer sur l'octroi du sursis car, au moment où l'hospitalisation ou le traitement du condamné est terminé, le juge ne se prononce plus sur le fond et ne peut, en conséquence, plus modifier le jugement. Il ne peut pas plus prononcer le sursis que remplacer la peine prononcée par une autre. Il n'a plus qu'à se prononcer sur l'exécution. Dans cet arrêt le Tribunal fédéral envisage la possibilité pour le juge du fond de prononcer une mesure ainsi qu'une peine avec sursis. Mais, poursuit-il, dans la plupart des cas, cette mesure de clémence ne pourra guère être accordée car, lorsque le délinquant à responsabilité restreinte doit être traité ou placé dans un hospice, il est rare qu'il donne les garanties exigées par l'art. 41 ch. 1 al. 2 CP. Comme le délinquant responsable, celui dont la responsabilité est restreinte devrait admettre que le sursis lui soit refusé si, au moment du jugement, le pronostic à son égard est défavorable.

Ainsi, d'après la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, une peine prononcée avec sursis n'était que très rarement compatible avec une mesure de sûreté. En effet, le sursis ne pouvait être accordé au moment de la levée de la mesure, lorsque le juge décidait si des peines suspendues seraient exécutées parce que l'octroi du sursis étant une décision au fond, le juge n'était pas compétent pour l'accorder. D'autre part, même si le juge qui condamnait le délinquant à une mesure était compétent pour prononcer en même temps une peine avec sursis, la condition du pronostic favorable n'était pratiquement jamais réalisée.

Schultz critiqua cette jurisprudence avec raison, en disant qu'une peine prononcée avec sursis à la fin d'une mesure exécutée avec succès serait de nature à favoriser l'amendement de l'intéressé (Schultz, 1982).

En 1988, le Tribunal fédéral modifia sa jurisprudence (ATF 114 IV 85). Il affirma que, puisque ni le texte légal, ni les travaux préparatoires (FF 1965 I p. 583) n'empêchent d'assortir du

sursis la peine ferme précédemment suspendue en vue d'un traitement, la possibilité de l'accorder devait être admise, malgré l'objection théorique qu'au moment où l'hospitalisation ou le traitement du condamné se termine, le juge ne peut plus se prononcer sur le fond. Comme le juge peut de toutes façons renoncer à l'exécution de la peine, cette objection n'apparaît pas décisive. Les choix qui s'offrent en matière de mesures sont fondés sur l'idée que la resocialisation peut être obtenue de bien différentes façons. Dans les cas où une mesure se justifie, il peut s'écouler beaucoup de temps jusqu'à ce qu'elle ait déployé tous ses effets. Il est donc justifié, pour faire un pronostic, de se fonder sur la situation qui existe au moment de la levée de la mesure, l'évolution du cas dans l'intervalle étant de la plus grande importance pour l'appréciation des perspectives d'amendement.

En outre, selon l'argument formel *a majore a minus*, si le juge peut ordonner l'exécution de la peine à la fin de la mesure, il devrait pouvoir suspendre conditionnellement cette exécution. A ce moment-là le pronostic favorable exigé par l'art. 41 ch. 1 al. 1 CP ne constituera plus un obstacle parce que, contrairement au moment du jugement, il sera probablement donné si l'exécution de la mesure a pris fin avec succès (Schultz, 1981).

4.1. Les règles de conduite

L'art. 41 ch. 2 CP permet au juge d'imposer certaines règles de conduite au condamné pendant le délai d'épreuve. Ces règles de conduite peuvent consister en une activité professionnelle, un lieu de séjour, un contrôle médical, une abstention de boissons alcooliques et la réparation du dommage, pour ne citer que celles prévues par la loi. Ainsi, l'art. 41 ch. 2 al. 1 CP permet au juge d'imposer une règle de conduite sous la forme d'un traitement psychiatrique ambulatoire. En pareil cas, le juge devra se fonder sur une expertise psychiatrique (Schultz, 1981).

A première vue, un traitement ambulatoire prononcé, en vertu des art. 43 et 44 CP, avec une peine suspendue paraît similaire à une peine prononcée avec sursis assortie d'une règle de conduite sous forme de traitement ambulatoire. Si tel était le cas, le fait que le juge ne puisse pas prononcer une peine avec sursis au moment où il prononce la mesure serait un faux problème puisqu'il pourrait prononcer une peine avec sursis et une règle de conduite. Pourtant, les conditions ne sont pas les mêmes et le pronon-

cé d'une mesure n'est pas compatible avec une peine prononcée avec sursis. La condition du pronostic favorable qui est une condition nécessaire à l'application du sursis sera déterminante pour que le juge décide s'il ordonne une mesure de sûreté ou une règle de conduite. En effet, le juge qui prononce une peine avec sursis pose un pronostic favorable dans le sens où il part de l'hypothèse que cela aura assez d'effets pour détourner l'auteur de commettre de nouvelles infractions. Face à un auteur qui présente des troubles mentaux sérieux, une peine avec sursis ne sera pas suffisante parce que le pronostic est incertain, précisément à cause de son état mental. Dans un tel cas, une peine avec sursis ne suffira pas pour atteindre le but visé.

Si le pronostic est favorable mais que l'intéressé a besoin de soins pendant un certain temps, le juge prononcera une peine avec sursis et limitera le traitement ambulatoire sous forme de règle de conduite à la période d'épreuve. Si le pronostic est incertain et que le délinquant a besoin d'un traitement sur une longue durée, le juge prononcera une mesure au sens des art. 43 et 44 CP.

En outre, la violation d'une règle de conduite ordonnée en vertu de l'art. 41 CP peut certes conduire à l'exécution de la peine mais seulement si la violation a eu lieu pendant la période d'essai qui doit s'étendre entre deux et cinq ans. Contrairement à l'art. 41 CP, le traitement médical ordonné en vertu des art. 43 et 44 CP est de durée indéterminée. L'exécution de la peine a lieu une fois que la mesure a pris fin, ce qui peut avoir lieu après de nombreuses années.

Enfin, l'exécution de la peine prononcée en vertu des art. 43 et 44 CP doit être suspendue sans condition. En effet, ce n'est pas l'avènement de certaines conditions qui conduira à l'exécution de la peine suspendue, comme c'est le cas d'une peine prononcée avec sursis. Une peine suspendue au bénéfice d'une mesure de sûreté devra en principe toujours être exécutée à la fin de la mesure. Ce n'est que si l'exécution de la peine risque de compromettre sérieusement l'effet de la mesure que le juge y renoncera. Au premier plan se trouve donc le traitement ambulatoire et non la suspension de la peine (Frauenfelder, 1978).

4.2. Conclusion

Il est plus adéquat que le sursis puisse être prononcé à la fin de la mesure, par le juge qui décide si la peine suspendue doit ou non être exé-

cutée. En effet, si la question du sursis se pose au moment où le juge suspend la peine pour prononcer une mesure de sûreté, il ne prononcera pratiquement jamais le sursis parce que la condition du pronostic ne sera pas réalisée. Le problème, si le sursis est prononcé à la fin de la mesure, est que le juge qui le prononce ne sera pas le même que celui qui a prononcé la mesure. Il devra se baser sur des actes délictueux commis parfois de nombreuses années auparavant. En outre, cela posera un problème d'imédiateté formelle, car le juge ne sera pas le même que celui présent au procès: il ne se prononcera pas sur la base de preuves formulées devant lui, il n'aura pas été présent lors des débats et la décision ne sera pas rendue directement après le débat.

Dans la pratique, à Genève, il est rare qu'un juge fasse exécuter une peine avec sursis à la fin d'une mesure. En effet, si le juge estime que la peine doit être exécutée parce qu'elle ne compromettrait pas l'effet de la mesure ou parce que la mesure a échoué en raison de l'obstruction du condamné, la question du sursis ne se pose pas. Si le juge estime que la mesure a été un succès que l'exécution de la peine risquerait de compromettre, il ne fera en général pas exécuter la peine, même avec sursis. Il est regrettable que les juges ne fassent pas un plus grand usage de cette possibilité. En effet, une peine avec sursis prononcée à la fin d'une mesure de sûreté est de nature à favoriser l'amendement de l'intéressé. L'auteur ne subit aucune détention mais il en connaît le risque, ce qui peut être une stimulation à un bon comportement.

Anne JUNG

Avocate, assistante à la Faculté
de droit de l'Université de Genève
Département de droit pénal
40, Bd. du Pont d'Arve
CH-1211 Genève 4
e-mail: anne.jung@droit.unige.ch

Bibliographie

- Auer A., Malinverni G., Hottelier M., *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Stämpfli, Berne, 2000.
- Berner D., Le médecin, auxiliaire de la justice, in: Queloz N., Riklin F., Senn A., de Sinner Ph. (Eds.), *Médecine et Détention*, Stämpfli, Berne, 2002, 122–124.
- Clerc F., Secret professionnel (Violation du secret professionnel, art. 321 CPS), *Fiche juridique suisse* n° 33, 1941.
- Frauenfelder U., *Die ambulante Behandlung geistig Abnormer und Süchtiger als strafrechtliche Massnahme nach Art. 43 und 44 StGB*, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1978.
- Graven Ph., Le secret médical, *Médecine & Hygiène*, n° 1171, 1975, 1729–1768.
- Guillod O., Secret médical, quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, *Bulletin des Médecins Suisses*, n° 37, 2000, 2047–2052.
- Manai D., *Les droits du patient face à la médecine contemporaine*, Helbing et Lichtenhahn, Genève, 1999.
- Riklin F., Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge (Verweigerung der Behandlung, Hungerstreik), in: Queloz N., Riklin F., Senn A., de Sinner Ph. (Eds.), *Médecine et Détention*, Stämpfli, Berne, 2002, 45–64.
- de Rougemont F., La coexistence des secrets: le secret médical et le secret de fonction, in: Queloz N., Riklin F., Senn A., de Sinner Ph. (Eds.), *Médecine et Détention*, Stämpfli, Berne, 2002, 79–91.
- Schultz H., *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts II*, Stämpfli, Bern, 4^{ème} éd. 1982.
- Schultz H., Le sursis à l'exécution de la peine II, *Fiche juridique suisse* n° 1196, 1981.
- Schultz H., Le sursis à l'exécution de la peine III, *Fiche juridique suisse* n° 1197, 1981.
- Sprumont D., Le droit à la santé et le droit d'accès aux soins en milieu pénitentiaire, in: Queloz N., Riklin F., Senn A., de Sinner Ph. (Eds.), *Médecine et Détention*, Stämpfli, Berne, 2002, 27–43.